
EUI Monographs in Law

**Linguaggio, norme,
istituzioni**

**Contributo a una teoria
istituzionalistica del diritto**

Massimo La Torre

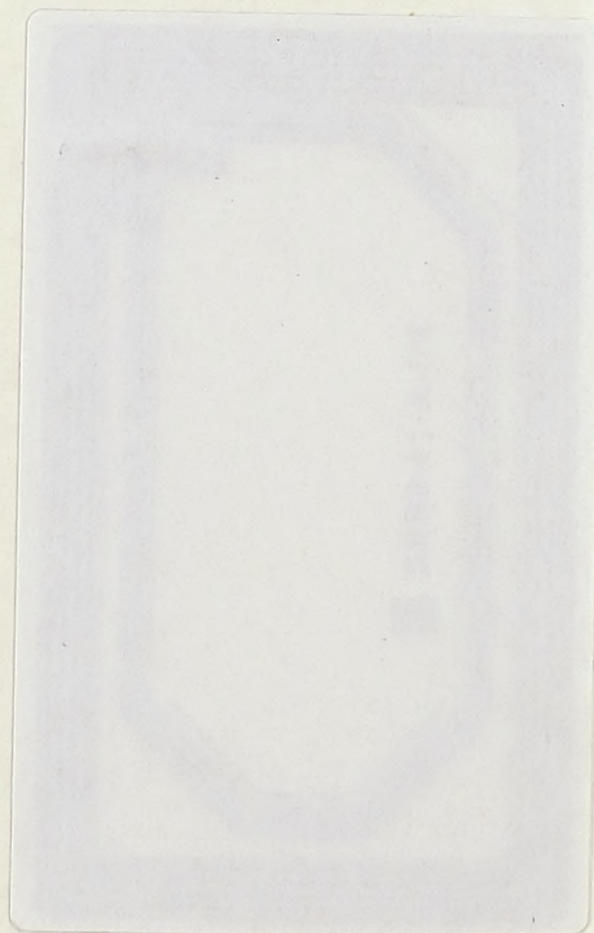


European University Institute, Florence

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE



3 0001 0027 0701 8



**Linguaggio, norme,
istituzioni**

**Contributo a una teoria
istituzionalistica del diritto**

Massimo La Torre

1995

European University Institute, Florence

B59

All rights reserved.
No part of this book may be reproduced in any form
without permission of the author.

Distributed by
Casalini Libri
Via Benedetto da Maiano, 3
I-50014 Fiesole (Fi)
Tel.: +39-55-599941 Fax +39-55-598895

LAW B59
LAT



© Massimo La Torre 1995
Printed in Italy in June 1995
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico (FI)
Italy

ISBN 92-9084-008-0

EUI Monographs in Law

La Torre, *Linguaggio, norme, istituzioni*

CAPITOLO PRIMO

| | |
|--|-------|
| 1. Linguaggio e norme | p. 11 |
| 2. Norme e istituzioni | p. 13 |
| 3. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione | p. 14 |
| 4. Norme e istituzioni: la teoria della organizzazione e della comunicazione | p. 16 |
| 5. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 22 |
| 6. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 27 |
| 7. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 42 |
| 8. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 57 |

CAPITOLO SECONDO

| | |
|--|-------|
| 1. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 33 |
| 2. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 36 |
| 3. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 71 |
| 4. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 78 |
| 5. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 91 |
| 6. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 95 |
| 7. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 99 |

CAPITOLO TERZO

| | |
|--|--------|
| 1. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 103 |
| 2. Norme e istituzioni: la teoria della comunicazione e della organizzazione | p. 104 |

All rights reserved.
No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without permission in writing from the publisher.
EUI Monographs in Law

EUI Monographs in Law

3

Distributed by
Casale Libri
Via Benedetto da Maiano, 3
I-50014 Fiesole (FI)
Tel.: +39-55-599041 Fax +39-55-598895

LAW B+9
LOT



© Massimo La Torre 1995
Printed in Italy in June 1995
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico (FI)
Italy

ISBN 84-9084-008-0

Indice sommario

| | |
|-------------------|------|
| Prefazione | p. 7 |
|-------------------|------|

CAPITOLO PRIMO

Significato e norma

| | |
|--|-------|
| 1. Premessa | p. 11 |
| 2. Teorie del significato | p. 13 |
| 3. Obiezioni alla teoria verificazionistica | p. 14 |
| 4. Obiezioni alla teoria della «rappresentazione» e alla concezione psicologista | p. 16 |
| 5. Obiezioni alla teoria comportamentistica | p. 22 |
| 6. Teorie della norma e teorie della validità | p. 27 |
| 7. Una teoria «istituzionalistica» del linguaggio | p. 42 |
| 8. Il concetto di diritto. Prime conclusioni | p. 52 |

CAPITOLO SECONDO

Il diritto come istituzione

| | |
|--|-------|
| 1. Premessa | p. 55 |
| 2. La teoria del diritto di Santi Romano | p. 56 |
| 3. Istituzionalismo vecchio e nuovo. Santi Romano a confronto con Neil MacCormick e Ota Weinberger | p. 71 |
| 4. Il concetto di «istituzione». Una proposta | p. 78 |
| 5. Forza vincolante e obbligatorietà delle norme | p. 91 |
| 6. Istituzioni e intenzionalità. Il problema dell'identità sociale dei soggetti | p. 95 |
| 7. Specifico carattere delle norme giuridiche | p. 99 |

CAPITOLO TERZO

Diritto e potere

| | |
|---|--------|
| 1. Premessa | p. 103 |
| 2. La tradizione sociologica. Due modelli | p. 104 |

| | |
|------------------------------|--------|
| 3. Da Hauriou a Weinberger | p. 117 |
| 4. Il diritto come «cultura» | p. 127 |
| 5. Potere e dominio | p. 133 |

| | |
|---------------------------|--------|
| Riferimenti bibliografici | p. 143 |
|---------------------------|--------|

CAPITOLO PRIMO

| | |
|---|-------|
| 1. Premessa | p. 11 |
| 2. Teoria del significato | p. 13 |
| 3. Obiezioni alla teoria verificazionista | p. 14 |
| 4. Obiezioni alla teoria della «rappresentazione» e alla conoscenza psicologica | p. 16 |
| 5. Obiezioni alla teoria comportamentista | p. 22 |
| 6. Teoria della norma e teoria della validità | p. 27 |
| 7. Una teoria «istituzionalista» del linguaggio | p. 42 |
| 8. Il concetto di diritto: prime conclusioni | p. 52 |

CAPITOLO SECONDO

| | |
|--|-------|
| 1. Premessa | p. 52 |
| 2. La teoria del diritto di Santi Romano | p. 56 |
| 3. Istituzionalismo vecchio e nuovo: Santi Romano a confronto con Neil MacCormick e Ole Weinberger | p. 71 |
| 4. Il concetto di «istituzione»: Una proposta | p. 78 |
| 5. Norme vincolanti e obbligatorietà delle norme | p. 91 |
| 6. Funzioni e intenzionalità: Il problema dell'identità sociale dei soggetti | p. 92 |
| 7. Specifico carattere delle norme giuridiche | p. 99 |

CAPITOLO TERZO

| | |
|---|--------|
| 1. Premessa | p. 103 |
| 2. La tradizione sociologica: Due modelli | p. 104 |

Prefazione

Questo saggio è nato dall'esigenza di approfondire alcuni temi già trattati nell'*Appendice* alla mia traduzione dell'opera di Neil MacCormick e Ota Weinberger, *Il diritto come istituzione* (Giuffrè, Milano 1990). Si tratta di ripercorrere le linee della tradizione teorica dell'istituzionalismo giuridico, il cui rappresentante più acuto è stato certamente Santi Romano, di individuare quanto d'essa ha resistito al tempo ed agli sviluppi della più moderna teoria del diritto, e di collegare questi «resti» (a mio avviso significativi) ad una nuova versione di istituzionalismo giuridico che si è andata affermando in questi ultimi anni, quella per l'appunto dei professori Ota Weinberger e Neil MacCormick. Quest'ultima forma di istituzionalismo ha ovviamente radici assai diverse da quelle che hanno alimentato l'elaborazione teorica di Romano, per non parlare di Hauriou o di Renard che già rispetto a Romano si collocavano in uno spazio più rarefatto e - oserei dire - meno innovativo. Nel caso di Weinberger il retroterra culturale è fornito dalla tradizione della Grande Vienna, e quindi dalla filosofia neopositivistica, con qualche elemento fenomenologico proveniente da Meinong, Brentano e Husserl. Nel caso di MacCormick non v'è dubbio ch'egli sia espressione della filosofia analitica anglosassone, in particolare della sua scuola oxoniense. Dietro Weinberger possono scorgersi le figure di Kelsen e Weyr, e del primo Wittgenstein, dietro MacCormick quelle di Hart e Hare, e del secondo Wittgenstein.

Nel saggio ho quindi provato a collegare queste due formidabili ricerche, quella del «vecchio» e quella del «nuovo» istituzionalismo, cercando anche di rendere esplicite alcune loro basi filosofiche, in particolare per ciò che concerne la filosofia del linguaggio. Su questo terreno il mio obiettivo è stato quello di delineare le connessioni tra teoria del significato, teoria della norma e teoria della validità giuridica. A tal fine ho - per così dire - messo alla prova alcune delle più discusse teorie del significato, per giungere poi alla conclusione che la teoria giuridica istituzionalistica si lascia meglio «fondare» se si adotta una teoria del pari istituzionalistica del linguaggio. Il primo capitolo del saggio è così quasi interamente dedicato allo studio di problemi della teoria del significato. Nel secondo capitolo, che è quello centrale del saggio, si analizzano le «vecchie» e «nuove» tesi dell'istituzionalismo, e si avanzano anche delle proposte, in parte discordanti con

quanto sostenuto da Weinberger e McCormick. O meglio, si cerca soprattutto di colmare una imbarazzante lacuna, la mancanza in entrambi questi autori di una definizione di «istituzione». Una volta in possesso di un tale concetto, si è cercato poi di applicarlo all'annosa questione della forza vincolante del diritto, tema anche questo abbastanza trascurato dal ceco e dallo scozzese. Infine, il terzo capitolo tenta un'applicazione della teoria istituzionalistica ad un campo in cui essa si è cimentata poco: la teoria politica, ovvero l'analisi del potere politico e delle relazioni di questo col fenomeno giuridico. La mia pretesa è che la nozione di istituzione prepari il terreno per una ridefinizione del concetto di potere. Per far questo, ovviamente, bisogna prendere in considerazione un terzo elemento, oltre a diritto e potere: la «società». Mi sono rivolto pertanto a diverse teorie sociologiche, per poi compararle con l'approccio istituzionalista, in particolare con quello di Weinberger, che più ha scritto su tali temi, e che ripetutamente si è confrontato con sociologi e scienziati politici (penso, ad esempio, al suo dibattito con Helmut Schelsky e alle critiche dirette contro Niklas Luhmann).

La mia ricerca è stata resa possibile da tre istituzioni cui va il mio più grato riconoscimento. Innanzitutto devo menzionare l'*Istituto universitario europeo*, del quale sono docente dal 1991. Non vi è forse università in Europa che più si prenda al cuore il lavoro di ricerca dei suoi docenti, favorendola e incoraggiandola in ogni modo, e offrendole anche un meraviglioso luogo fisico per riflettere e chinarsi poi su un tavolo a scrivere. Ho avuto, inoltre, il privilegio di profittare di una borsa concessami dalla *Alexander von Humboldt Stiftung* nell'estate e autunno dello scorso anno per studi presso l'Università di Münster. La *Alexander von Humboldt Stiftung* mi ha generosamente concesso l'opportunità di «battere a tappeto» alcune biblioteche tedesche e di avere colloqui e dibattiti con vari colleghi, con il risultato niente affatto trascurabile di avere meno certezze di prima e molte più curiosità.

Nell'ormai lontano anno accademico 1984-1985 il *Consiglio Nazionale delle Ricerche* ebbe la bontà di concedermi una borsa per studi presso l'Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Graz. Ad allora risale il mio primo incontro col «positivismo giuridico istituzionalistico» di Ota Weinberger. La partecipazione ai seminari del professore ceco, e le quotidiane discussioni con lui e con gli altri membri dell'Istituto esercitarono su di me un'influenza decisiva, provocando quasi - per così dire - una conversione sulla via di Damasco. Peter Koller, Alfred Schramm e Peter Strasser, allora assistenti di Weinberger, non dividevano gli sviluppi istituzionalistici del suo pensiero. Il loro acume e le loro vaste conoscenze filosofiche mi aprirono nondimeno orizzonti che mi erano stati fino ad allora ignoti.

Inoltre, il loro scetticismo rispetto all'IRP (sigla usata da Weinberger onde abbreviare la locuzione «Institutionalistischer Rechtspositivismus») mi costrinse a cercare di capire meglio quella teoria, per potere difenderla dalle loro critiche corrosive.

Pagine e argomenti del saggio sono stati discussi con maestri, colleghi, ed amici. Tra i maestri voglio qui ricordare innanzitutto il professor Rodolfo De Stefano, scomparso purtroppo qualche anno fa, che mi ha avviato agli studi di filosofia del diritto, ed ha corretto con severità tanti miei errori (ma quelli che restano non gli sono certo imputabili). Invero, non so se il professor De Stefano gradirebbe l'appellativo di «maestro» che qui gli attribuisco, giacché ricordo che, schermendosi contro chi si rivolgeva a lui in quella forma, commentava che... di maestro ve n'è uno solo.

Il professor Enrico Pattaro, pur non approvando forse molto di quello che sostengo, è sempre stato largo di consigli e di incoraggiamenti; a lui devo buona parte della mia formazione metodologica e l'interesse per la filosofia analitica. Il professor Gunther Teubner nemmeno condividerà le linee essenziali del mio lavoro, ma questo è il prodotto anche delle tante discussioni avute con lui, e dei suoi seminari, tra i più vivaci a cui io abbia mai partecipato. Rispetto a Ota Weinberger e Neil MacCormick ho un fortissimo, incolmabile debito teorico. Talvolta, però, mi assale il dubbio di voler percorrere col veicolo da loro messo a punto strade per le quali questo non era stato pensato.

Collegi ed amici sono stati da me vessati per estorcerne suggerimenti e consigli. Essi vorranno scusarmi, spero, l'ulteriore torto che arredo loro, ringraziandoli qui – per ragioni di spazio – collettivamente e anonimamente. Parti del saggio sono state presentate nei seminari da me tenuti all'I.U.E., ed hanno quindi usufruito delle domande di chiarimento e dei commenti critici di ricercatori e di *Jean Monnet Fellows* dell'Istituto; ad essi, anche, va un cordiale ringraziamento.

Ai colleghi del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Istituto Universitario Europeo sono grato per l'onore che hanno voluto farmi accogliendo questo studio nella collana delle monografie del Dipartimento. Voglio, infine, esprimere la mia gratitudine alla Signora Dorothea Detring che con pazienza e attenzione ha preparato il dattiloscritto. Un ringraziamento ulteriore va alla Signora Brigitte Schwab che ha curato la stampa del testo che ora sottopongo al giudizio del lettore.

Badia Fiesolana, giugno 1995

Capitolo primo

Significato e norma

Sommario: 1. Premessa – 2. Teorie del significato – 3. Obiezioni alla teoria verificazionistica – 4. Obiezioni alla teoria della «rappresentazione» e alla concezione psicologistica – 5. Obiezioni alla teoria comportamentistica – 6. Teorie della norma e teorie della validità – 7. Una teoria «istituzionalistica» del linguaggio – 8. Il concetto di diritto. Prime conclusioni

1. Premessa

«Zwischen Recht und Sprache waltet eine eingreifende Analogie» – così diceva Jacob Grimm nella sua prolusione del 1841¹. Ed oggi la tesi secondo cui tra diritto e linguaggio sussistono molteplici relazioni e il diritto è per certi suoi aspetti una forma di linguaggio è largamente accettata e non ha bisogno di particolari ulteriori giustificazioni². Come ha scritto Uberto Scarpelli, «alcuni problemi che si sono posti e sono stati affrontati riguardo alla struttura regolativa di una lingua e di un linguaggio, alla

1 J. GRIMM, *Über die Altertümer des deutschen Rechts. Antrittsvorlesung*, in J. GRIMM, W. GRIMM, *Schriften und Reden*, a cura di L. Denecke, Reclam, Stuttgart 1985, p. 103.

2 Per un riconoscimento degli stretti legami tra fenomeno giuridico e linguaggio, cfr., ad esempio, tra i filosofi B. CROCE, *Filosofia della pratica*, VI ed., Laterza, Bari 1950, p. 347, e tra i giuristi S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in ID., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 3 ss. Cfr. anche, tra gli altri, F.A. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, The Free Press, Chicago 1952, p.30.

E' interessante notare che la relazione tra diritto o fenomeni normativi e linguaggio è riconosciuta anche da più di un linguista e filosofo del linguaggio. Così, mentre i teorici del diritto cercano di spiegare il diritto riconducendo questo ai fenomeni linguistici linguisti e filosofi del linguaggio (ad esempio Karl Bühler e Ludwig Wittgenstein) spiegano il linguaggio riconducendolo ai fenomeni normativi o a situazioni di direzione del comportamento (vedi ad esempio K. BÜHLER, *Die Krise der Psychologie*, Ullstein, Frankfurt am Main 1978, pp. 50-51). Un indice di questa «giuridicizzazione» - per così dire - del fenomeno linguistico è la seguente definizione di Jean Piaget: «Un langage est une *institution* collective dont les *règles* s'imposent aux individus, qui se transmet de façon *coercitive* de générations en générations» (J. PIAGET, *Le structuralisme*, Presses universitaires de France, Paris 1972, p. 63, corsivo mio).

sua funzione, alla sua accettazione ecc. somigliano in maniera impressionante ai problemi tradizionali della teoria del diritto»³. L'assunzione di una relazione tra diritto e linguaggio sembra dimostrarsi plausibile anche su un piano metateorico, come relazione tra teorie del linguaggio e teorie della norma, nel senso che l'adozione di una certa teoria del linguaggio influenza o determina l'adozione di una certa teoria della norma e viceversa (la formulazione di una certa teoria della norma presuppone una particolare teoria del linguaggio).

In questo primo capitolo mi propongo di analizzare brevemente alcune possibili connessioni tra teorie del significato da un lato e teorie della norma e della validità giuridica dall'altro. In particolare, mi propongo di collegare la teoria istituzionalistica del diritto alla teoria del significato come «uso». A questo fine esaminerò criticamente alcune tra le più importanti e note teorie del significato servendomi delle obiezioni che a queste teorie muove Ludwig Wittgenstein. In conclusione farò mia la teoria del significato come «uso» e tenterò di chiarire in che senso tale teoria può definirsi «istituzionalistica». La teoria wittgensteiniana del linguaggio, fondata com'è su una più generale analisi delle regole sociali, costituisce, a mio avviso, un'eccellente propedeutica allo studio dei fenomeni normativi e quindi della società e del diritto.

Nel secondo capitolo passerò a esporre alcuni dei punti più significativi della teoria di Santi Romano, alla luce anche della recente riproposizione di una teoria istituzionalistica del diritto fatta da Neil MacCormick e Ota Weinberger. Mi arrischerò poi a enunciare alcune proposte intese a precisare il concetto di «istituzione» e ad applicare la prospettiva istituzionalistica alla definizione di questioni proprie della teoria e filosofia del diritto. Nel terzo ed ultimo capitolo infine mi propongo di applicare la teoria neoistituzionalistica allo studio del concetto di potere, ed in particolare all'analisi della relazione tra questo e il diritto.

Lo scopo di questo studio è dunque quello di riconciliare (se mai ce ne fosse bisogno) tanto due distinti campi di studio, l'analisi del linguaggio e la considerazione dei fenomeni giuridici e politici, quanto due diverse tradizioni teoriche, la filosofia analitica e l'istituzionalismo giuridico. A questa «impresa» sono stimolato in particolare dalle indicazioni in tal senso fornite da Ota Weinberger.

³ U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in ID., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982, p. 79.

2. Teorie del significato

Tra le diverse teorie del significato quella che più mi convince è la teoria del significato come *uso* (*Gebrauch*) elaborata da Ludwig Wittgenstein e sviluppata da filosofi del linguaggio come Friedrich Waismann e William P. Alston. La teoria del significato come «uso» viene proposta da Wittgenstein, e dagli studiosi che alla sua opera si ispirano, attraverso la critica di tre principali teorie del significato: (a) la teoria verificazionistica, (b) la teoria della rappresentazione, (c) la teoria comportamentistica.

La teoria verificazionistica ritiene, come è noto, che il significato di una proposizione sia il metodo usato per verificarla. Va ricordato a questo proposito che Moritz Schlick – seguendo un «primo» Wittgenstein⁴ – opera un innesto della teoria verificazionistica in quella dell'uso⁵. Egli aderisce all'idea di Wittgenstein secondo la quale il significato di una parola o di una connessione di parole è determinato dalle regole che ne disciplinano l'uso. Egli accetta la concezione di Wittgenstein per quanto questa assume i contorni di una teoria verificazionistica mediante l'interpretazione della nozione di «uso» come verifica dello stato di cose affermate dall'enunciato. L'uso viene inteso da Schlick come il *metodo usato per la verifica* dell'enunciato.

La teoria cosiddetta della «rappresentazione» è quella che ritiene che il significato di un enunciato sia costituito dall'immagine o dalla rappresentazione di uno stato di cose. Vi sono due varianti principali di questa teoria: (i) una variante mentalistica (teoria «ideazionale») per cui il significato corrisponde alla rappresentazione mentale, all'idea, di cui l'enunciato è il segno; (ii) una variante logicistica (*Abbildungstheorie*, o teoria «pittorica»), secondo cui l'enunciato riflette nella sua forma logica la struttura ontologica dello stato di cose cui si riferisce. Vale la pena sottolineare che per la teoria della «rappresentazione», in particolare per la sua versione mentalistica (teoria «ideazionale»), il significato di un termine o di un enunciato è soprattutto ciò che questo significa per l'emittente, ovvero ciò che l'emittente *intende* rappresentare per mezzo di quel certo termine o enunciato. La teoria «ideazionale» può sconfinare pertanto in

⁴ Vedi *Ludwig Wittgenstein und der Wiener Kreis*, colloqui trascritti da F. Waismann, a cura di B.F. McGuinness, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 244: «Der Sinn eines Satzes ist die Art seiner Verifikation. Die Methode der Verifikation ist nicht ein Mittel, ein Vehikel, sondern der Sinn selbst».

⁵ Vedi M. SCHLICK, *Meaning and Verification*, in «The Philosophical Review», 1936.

una teoria «intenzionale» del significato, per la quale quest'ultimo è dato per l'appunto dall'*intenzione* che presiede all'enunciazione linguistica.

La teoria comportamentistica è quella che ritiene che il significato di un termine o di un enunciato sia la risposta ovvero l'effetto causale provocato da quel termine o da quell'enunciato. Le parole e gli enunciati – secondo questa teoria – sono dunque stimoli, i quali, o direttamente o indirettamente (mediante un processo di condizionamento del tipo di quello esemplificato dall'esperimento del cane di Pavlov), *causano* una risposta (o una «disposizione» a rispondere), che è il significato di quelle certe parole e di quei certi enunciati. La teoria comportamentistica prescinde in genere dallo stato o dagli usi di colui che *emette* l'espressione linguistica e concentra invece la sua attenzione esclusivamente sul *destinatario* o sul *fruitore* dell'espressione linguistica, ovvero sulle reazioni di questo. Il significato va qui ricercato e determinato sulla base di tali reazioni.

Per il «secondo» Wittgenstein, e per Waismann che chiarisce e sistematizza il pensiero wittgensteiniano (talvolta assai oscuro), le teorie del significato appena menzionate sono tutte parimenti insoddisfacenti.

3. Obiezioni alla teoria verificazionistica

Wittgenstein e Waismann non sottovalutano il ruolo che l'indicazione del procedimento di verifica di una asserzione può giocare nella determinazione del significato dell'asserzione. Waismann, peraltro, accoglie di buon grado l'opinione secondo cui le asserzioni in via di principio in-verificabili sono prive di significato. Scrive Waismann: «Noi diciamo soltanto: Se qualcuno fa un'affermazione, egli deve indicare un qualche possibile metodo di verifica; altrimenti egli non sa quel che dice»⁶.

Ciò che Wittgenstein e Waismann contestano è che il significato di un enunciato sia *riducibile* al metodo della sua verifica. Non contestano invece che la verifica di un enunciato, o l'indicazione del metodo della sua verifica, possano *contribuire* a determinarne il senso. Così nelle *Philosophische Untersuchungen* (I, 353) di Wittgenstein troviamo la seguente riflessione: «Die Frage nach der Art und Möglichkeit der Veri-

⁶ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, a cura di G.P. Baker e B. McGuinness con la collaborazione di J. Schulte, Reclam, Stuttgart 1976, p. 488. Traduzione mia.

fikation eines Satzes ist nur eine besondere Form der Frage «Wie meinst Du das?». Die Antwort ist ein Beitrag zur Grammatik des Satzes»⁷.

Waismann nuove almeno due obiezioni alla teoria verificazionistica. (i) L'evento o il fatto che serve a verificare un enunciato non equivale al significato di quell'enunciato. I fatti che verificano l'enunciato non sono ciò che l'emittente intendeva dire mediante quel certo enunciato. Se io ad esempio dico «ieri ha piovuto», un metodo per verificare tale enunciato può essere quello di osservare il grado di umidità presente oggi nel terreno. Il tasso di umidità è un metodo per la verifica dell'enunciato «ieri ha piovuto». Tuttavia è palese che io non ho inteso – con quell'enunciato – dire alcunché sull'umidità del terreno⁸. (ii) D'altro lato, io posso procedere alla verifica di un enunciato solo dopo che ne ho inteso il significato⁹.

Tuttavia, come si è detto, Waismann non nega ogni valore alla teoria verificazionistica. Vi sono casi – egli sostiene – nei quali il metodo usato per verificare un enunciato è necessario per intendere il significato di questo. Ci sono – secondo Waismann – due modi di conoscere il significato di un enunciato. L'uno è quello che consegue alla spiegazione del significato delle singole parole che compongono l'enunciato secondo una certa lingua naturale e al ricorso alle regole grammaticali di quella lingua. «Der eine ist der, daß wir die Bedeutung der Worte und die Regeln der Satzfügung angeben»¹⁰. Questo è il modo ordinario di intendere il significato di un enunciato.

L'altra strada è quella di stabilire le condizioni alle quali quel certo enunciato risulterebbe rispettivamente vero o falso, vale a dire di fornire un metodo per la verifica dell'enunciato. Questo è il modo di intendere il significato di un enunciato *scientifico*, là dove l'esperienza quotidiana e la grammatica non servono più per comprendere i termini di una teoria che introduce degli elementi nuovi rispetto alla visione ordinaria del mondo. «Der Satz «Das weiße Licht ist aus den Spektralfarben zusammengesetzt» drückt seinen Sinn noch nicht so deutlich aus, daß ihn jeder verstehen müßte, der die deutsche Sprache kennt. Was hier

⁷ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 177.

⁸ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., pp. 479-480.

⁹ Vedi ivi, p. 480. Cfr. I. BERLIN, *Verification*, ora in ID., *Concepts and Categories. Philosophical Essays*, a cura di H. Hardy, Oxford University Press, Oxford 1980, p. 29.

¹⁰ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 481.

«zusammengesetzt» heißt, kann ich nur dadurch erklären, daß ich die Erfahrungen beschreibe, die diesen Satz verifizieren; damit definiere ich die Bedeutung, die das Wort in diesem Zusammenhang hat»¹¹.

4. Obiezioni alla teoria della «rappresentazione» e alla concezione psicologista

4.1. Come si è detto, possiamo distinguere due versioni principali della teoria cosiddetta della «rappresentazione». Vi è una versione logicistica, secondo la quale le parole e gli enunciati corrispondono agli elementi essenziali ed alla struttura del mondo. Possiamo definire questa teoria *Abbildungstheorie* o teoria «pittorica», o anche, seguendo Alston, «teoria referenziale»¹². Vi è poi una versione psicologista o mentalistica, secondo la quale il significato è la rappresentazione mentale che la parola (o l'enunciato) evoca nella nostra mente. I significati per questa teoria sono sensazioni, emozioni, stati mentali, concetti, idee. Nell'ambito di questa versione psicologista la concezione che ritiene che i significati siano eminentemente concetti ed idee è stata chiamata anche «teoria ideazionale»¹³.

4.2. Una versione importante della *Abbildungstheorie* è quella espressa nel *Tractatus logico-philosophicus* di Wittgenstein. In quest'opera – come è noto – si sostiene la tesi secondo cui il linguaggio riproduce o riflette la struttura dei fatti nel mondo, i quali sono composti sempre dei medesimi elementi semplici che assumono configurazioni mutevoli. Il linguaggio – afferma Wittgenstein in quest'opera – riproduce tale struttura attraverso i nomi (che corrispondono agli elementi semplici dei fatti) e la combinazione di questi. «Der Name bedeutet den Gegenstand. Der Gegenstand ist seine Bedeutung»¹⁴. «Der Name vertritt im Satz den Gegenstand»¹⁵. «Der Satz ist ein Bild der Wirklichkeit. Der Satz ist ein Modell der Wirklichkeit, so wie wir sie uns denken»¹⁶. Come è noto, in seguito

¹¹ Ivi, p. 482. D'altro canto, Waismann contesta la possibilità di una *definitiva* verifica delle leggi scientifiche e degli enunciati «esistenziali», poiché anche i concetti empirici non sono mai *completamente ed esaustivamente* definiti: vedi F. WAISMANN, *Verifiability*, ora anche in *The Theory of Meaning*, a cura di G.H.R. Parkinson, Oxford University Press, Oxford 1973, pp. 35 ss.

¹² Vedi W.P. ALSTON, *Philosophy of Language*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1964, pp. 12 ss.

¹³ Vedi ivi, p. 22 ss.

¹⁴ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983, p. 22 (§ 3.203).

¹⁵ *Ibidem* (§ 3.22).

¹⁶ Ivi, p. 33 (§ 4.01).

Wittgenstein modifica questa sua prima teoria del significato, sottoponendola ad una critica rigorosa¹⁷.

Alla teoria logicistica della rappresentazione Waismann – seguendo il «secondo» Wittgenstein – muove tre rilievi principali. Innanzitutto la *Abbildungstheorie*, come del resto ogni teoria referenziale, finisce per scambiare il significato di un nome con il portatore di questo nome, nel momento in cui afferma che il significato di un termine è il suo oggetto. Il significato, però, di un termine e l'oggetto cui questo si riferisce nell'uso linguistico ordinario non coincidono. Frege sostiene che il significato della locuzione «stella del mattino» è il pianeta Venere. Ciò però – obietta Waismann – contrasta con gli usi linguistici ordinari. Infatti, se una cometa distruggesse il pianeta Venere, noi non diremmo che... il significato della locuzione «stella del mattino» è stato distrutto da una cometa. Diciamo ad esempio «Giovanni è partito», ma non diremmo mai «il significato di Giovanni è partito»: quest'ultimo enunciato è, nel linguaggio ordinario, privo di senso. «Frege sagte z.B., daß der Planet Venus das ist, was das Wort «Morgenstern» bedeutet. Dies aber steht überhaupt nicht in Einklang mit dem gewöhnlichen Gebrauch von «Bedeutung». Würde die Venus etwa durch einen Kometen vernichtet werden, so würden wir nicht sagen: «Die Bedeutung des Worts «Morgenstern» ist durch einen Kometen vernichtet worden». Die Sprache macht einen deutlichen Unterschied zwischen «Bedeutung» und «bezeichneter Gegenstand». Wir sagen «Die 'N' genannte Person ist fortgegangen, gestorben, sitzt auf diesem Stuhl», aber wir können nicht sagen: «Die Bedeutung des Namens 'N' ist fortgegangen, gestorben, sitzt auf diesem Stuhl»¹⁸.

Secondo Wittgenstein la teoria «referenziale» del linguaggio si scontra con l'uso che ordinariamente si fa delle parole. Nell'uso ordinario infatti il significato di un termine è ben distinto dalla «cosa» che mediante quel termine viene designata. Posso dire ad esempio, sensatamente, «è morto il re di Spagna», ma non potrò mai dire invece, sensatamente, «è morto il significato del re di Spagna». Inoltre, se per accidenti un certo termine cessasse di avere significato, non potrebbe dirsi per ciò solo che il portatore – per così dire – di quel termine, l'oggetto che esso serve a designare, è venuto meno o ha cessato d'esistere. «Es ist wichtig festzustellen, daß das Wort «Bedeutung» sprachwidrig gebraucht wird, wenn man

¹⁷ Vedi ad esempio il riferimento all'autore del *Tractatus* in L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., pp. 28-29 (I, § 23).

¹⁸ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 456.

damit das Ding bezeichnet, das dem Wort 'entspricht'. Dies heißt, die Bedeutung eines Namens verwechseln mit dem *Träger* des Namens. Wenn Herr N.N. stirbt, so sagt man, es sterbe der Träger des Namens, nicht, es sterbe die Bedeutung des Namens. Und es wäre unsinnig, so zu reden, denn hörte der Name auf, Bedeutung zu haben, so hätte es keinen Sinn, zu sagen «Herr N.N. ist gestorben»¹⁹. La teoria referenziale – continua Wittgenstein – finisce per trattare tutti i termini linguistici come nomi propri.

La seconda obiezione è la seguente. Se il linguaggio riproduce o rappresenta la struttura del fatto, allora tutti gli enunciati che descrivono il medesimo fatto devono avere la medesima struttura logica. Ciò però non accade. La medesima fattispecie può essere descritta da enunciati la cui struttura logica è del tutto diversa. Ad esempio, volendo descrivere la posizione geografica di tre città, possiamo dire: (i) A si trova a nord di B, e B si trova a nord di C. Potremmo però parimenti dire: (ii) A si trova a nord di C, e B si trova tra A e C. Ma (i) e (ii) – nota Waismann – sono del tutto equivalenti, tanto che l'una proposizione può essere trasformata nell'altra. Esse rappresentano il medesimo stato di cose. Tuttavia (i) e (ii) hanno una forma logica diversa, che può rendersi – alla maniera di Russell – come segue:

(i) ANB. BNC;

(ii) ANC. T (B, A, C).

«Einmal wird die Tatbestand mit Hilfe einer zweistelligen, das andere Mal mit Zuhilfenahme einer dreistelligen Relation beschrieben. Welche von diesen beiden Strukturen ist nun die Struktur der Wirklichkeit?»²⁰.

La terza obiezione si articola nel modo seguente. La *Abbildungstheorie* deve assumere che ogni enunciato sia complesso o composto, giacché ogni fatto nel mondo è composto (risultando dalla combinazione di elementi semplici). «Wer sagt, daß der Satz ein *Bild* der Tatsache sei, stellt sich vor, daß der Satz aus Worten besteht, deren Gruppierung den Bau der Sachlage widerspiegelt. Für diese Lehre ist es wesentlich, daß der Satz *zusammengesetzt* ist; denn nur das *Zusammengesetzte* kann das Komplexe in der Welt, den Sachverhalt abbilden»²¹. Ciò però – secondo Waismann – non corrisponde alla realtà. Non ogni enunciato dotato di significato è composto o complesso. D'altro canto talvolta non è lo stato di cose ad

19 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p. 40 (I, § 40). Corsivo nel testo.

20 F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 460.

21 Ivi, p. 463. Corsivo nel testo.

essere complesso, ma solo l'enunciato che lo descrive. Una poltrona marrone non è – se non cadendo nell'assurdo – il «complesso» della poltrona e del colore marrone. Essa è un fatto per così dire semplice. Nondimeno l'enunciato che la descrive consta di un soggetto, di un verbo, e di un attributo: «La poltrona è marrone». Così può succedere che si cada nella tentazione di inferire dalla «complessità» dell'enunciato una «complessità» (invero inesistente) dello stato di cose²².

4.3. Alla concezione psicologista del significato Waismann – sempre sulla scia di Wittgenstein – muove tre principali obiezioni. La prima è quella per cui questa teoria condurrebbe al soggettivismo più radicale, e quindi giungerebbe all'assurda conseguenza di affermare l'impossibilità della comunicazione umana. Se ciascuno intendesse il significato di una parola o di un enunciato avendo esclusivo riguardo delle sue rappresentazioni mentali, allora quella parola o quell'enunciato significherebbero per ciascuno qualcosa di diverso. «If for an expression to convey a meaning means to be accompanied by or to produce certain experiences, our expression may have all sorts of meanings»²³. Sarebbe allora impossibile attribuire ad una parola o ad un enunciato un significato comune intersoggettivo²⁴.

Inoltre, come nota Wittgenstein, per ciò che concerne ciò che si svolge nella mia mente, la mia parola è decisiva. Il mio uditorio non può, in merito, che prendere atto della mia asserzione. Al massimo mi si potrà contestare di esprimermi in modo incoerente. Quando però mi pronuncio sul significato di un enunciato o di una parola, la mia comprensione di esso può essere – e con ragione – criticata²⁵. Se dico a uno psicanalista che la parola «mare» evoca in me l'immagine di una vela o suscita nel mio animo una certa emozione o sensazione, tale asserzione non è contestabile da nessuno, io sono arbitro assoluto della sua verità. Se però dico che la parola «mare» significa un pezzo di tela usato per far navigare delle imbarcazioni sfruttando il vento (ovvero equivale a «vela»), questa mia affermazione può invero essere contestata dai parlanti della lingua in

²² Vedi ivi, p. 465. A questo proposito si veda anche la critica di Waismann alla concezione secondo cui la realtà consisterebbe in un insieme di fatti *singoli*: cfr. F. WAISMANN, *Verifiability*, cit., pp. 57-58.

²³ L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, in ID., *The Blue and Brown Books*, Blackwell, Oxford 1989, p. 65.

²⁴ Vedi F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 233.

²⁵ Si noti che per Wittgenstein «die Erklärung der Bedeutung kann jede *Meinungsverschiedenheit* in Bezug auf eine Bedeutung beseitigen» (L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1973, p. 60 (§ 24). Corsivo nel testo).

questione (qui l'italiano). Io non sono il giudice assoluto della verità dell'enunciato col quale si asserisce il significato di un termine.

La seconda obiezione è la seguente. La concezione psicologista – in particolare la teoria «ideazionale» – presuppone che la parola o l'enunciato evocano una serie di immagini corrispondenti al significato della parola o dell'enunciato. Ma vi sono numerosi termini ed enunciati a cui è assai difficile attribuire un'«immagine» corrispondente che ne fissi o costituisca il significato. Questo è il caso di molti termini della matematica e della geometria, e – aggiunge Waismann – del diritto. Quale «immagine» evocano termini come «pegno» o «procedura civile»? E se pure questi termini evocano delle immagini, nel primo caso – poniamo – l'immagine di un monte di pietà, e nel secondo quella di un serio signore in toga e parrucca, queste costituiscono forse il significato di quei termini? E quali immagini evocano congiunzioni come «quando», «perché», «sebbene»²⁶?

Un'ulteriore obiezione diretta contro la versione «emotivistica» della teoria psicologista è che il significato di un enunciato o di una parola non è una sensazione, uno *stato mentale* o psichico, nel senso in cui lo sono invece la depressione, l'eccitazione, o il dolore. In questa versione lo stato mentale o la sensazione non sono l'effetto dell'espressione linguistica, bensì la loro causa. Potremmo definire questa versione come teoria «espressionistica» o «emotivistica» del significato. «Wir werden sagen, daß das Wort «herrlich», das Wort «ach», aber auch das Wort «vielleicht» der Ausdruck einer Empfindung, eines Gefühls, ist. Dieses Gefühl nenne ich aber nicht die Bedeutung des Wortes»²⁷. Wittgenstein pertanto rifiuta ogni teoria emotivistica del linguaggio. Emozioni possono accompagnare, o addirittura motivare, certi significati, ma rimangono comunque ben distinti da questi.

«The difference between the propositions «I have pain» and «he has pain» – scrive Wittgenstein – is not that of «L.W. has pain» and «Smith has pain». Rather, it corresponds to the difference between moaning and saying that someone moans»²⁸. «Es ist der Ausdruck einer unrichtigen Auffassung – dice ancora il filosofo viennese –, wenn man sagt: die Verbindung zwischen Name und Gegenstand sei eine psychologische»²⁹.

26 F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 233. Cfr. L. WITTGENSTEIN, *The Brown Book*, in ID., *The Blue and Brown Books*, cit., pp. 78 - 79.

27 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 66 (§ 30). Corsivo nel testo.

28 L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 68.

29 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 97 (§ 56).

Il significato di un'espressione linguistica – continua Wittgenstein – ha una durata indefinita nel tempo, mentre una sensazione o uno stato mentale (un dolore, ad esempio) hanno delle coordinate temporali ben precise. D'altro lato il significato di un'espressione linguistica ha una durata nel tempo indipendente dalla durata della sensazione o dello stato mentale (dell'«idea») che accompagna (eventualmente) nella mente dell'emittente (o del fruitore) l'enunciazione di quell'espressione.

Infine, la teoria «ideazionale», spiegando i termini con un riferimento ad un elemento esterno ad essi, un'«immagine» concreta, finisce per cadere nello stesso errore della teoria referenziale, vale a dire nell'errore di trattare tutte le parole come nomi propri. «This again is connected with the idea that the meaning of a word is an image, or a thing correlated to the word (this roughly means, that we are looking at words as though they were all proper names, and we then confuse the bearer of a name with the meaning of the name)»³⁰.

La teoria «referenziale» e quella «ideazionale» perdono ancora in plausibilità quando si passa dalla considerazione del significato di singole parole all'analisi del significato di enunciati. Ridurre gli enunciati (sia pure descrittivi) a nomi propri, come tendono a fare quelle teorie, è chiaramente un far violenza all'uso ordinario e allo statuto logico degli enunciati. Gli enunciati (descrittivi), ad esempio, sono suscettibili d'essere veri o falsi. Ciò non è però il caso dei nomi propri dei quali non è possibile predicare la verità o la falsità. Ciò è detto bene da Waismann: «What is the difference between 'fire' when I mean it as a *word*, and 'fire' when I mean it as a *statement*? Simply this that in the latter case it has a specific use – a use, that is, which makes it meaningful to apply to it the terms 'true' or 'false'. It is made part of a system of operations, of a two-valued calculus. It is this which explains why a sentence is not a sort of name given to fact, a label tacked on to it: if it were the question of truth would not arise»³¹.

La teoria «ideazionale» – nota Wittgenstein – è per certi versi sussidiaria rispetto alla *Abbildungstheorie*, corre in aiuto di quest'ultima, allorché non si riesce ad accertare la presenza di un oggetto o fatto che corrisponda al segno linguistico. In tal caso si postula, entro la concezione della relazione di significazione come rapporto segno-oggetto, un'imma-

³⁰ L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 18.

³¹ F. WAISMANN, *Fiction*, in ID., *Philosophical Papers*, a cura di B. McGuinness, Reidel, Dordrecht 1977, p. 117. Corsivo mio.

gine, un fatto o oggetto non più materiale bensì «spirituale». «Weil wir nicht eine körperliche Handlung angeben können, die wir das Zeigen auf die Form (im Gegensatz z.B. zur Farbe) nennen, so sagen wir es entspreche diesen Worten eine geistige Tätigkeit. Wo unsere Sprache uns einen Körper vermuten läßt, und kein Körper ist, dort möchten wir sagen, sei ein Geist»³². *Abbildungstheorie* e teoria «ideazionale» fanno così parte di un medesimo paradigma teorico per il quale il significato è un oggetto coesistente con il segno³³.

5. Obiezioni alla teoria comportamentistica

La teoria comportamentistica, da Wittgenstein e Waismann definita anche «concezione causalistica del linguaggio», afferma fondamentalmente che il significato di un'espressione linguistica risiede nella risposta che tale espressione come stimolo auditivo o visivo provoca nel fruitore d'essa (sia pure non direttamente, ma solo in presenza di ulteriori condizioni). Questa teoria cerca di risolvere ciò che noi chiamiamo «senso» o «significato» in una catena di eventi fisici e comunque verificabili mediante l'osservazione della condotta del fruitore dell'espressione linguistica. Le obiezioni di Wittgenstein e Waismann alla teoria comportamentistica sono almeno cinque.

(i) La teoria in questione non intende – sostiene Wittgenstein – la differenza importante tra «segnale» o «indizio» (*Anzeichen*) e «segno» (*Zeichen*), ovvero tra *stimolo* e *segno*, e quella correlativa tra *effetto* e *significato*. «Man darf übrigens hier Zeichen mit Anzeichen nicht verwechseln. Den Laut «hm» kann man einen Ausdruck der Bedenklichkeit nennen und auch, für den Andern, ein *Anzeichen* der Bedenklichkeit, wie Wolken ein *Anzeichen* des Regens sind. «hm» ist aber nicht der *Name* der Bedenklichkeit»³⁴.

L'effetto di un'espressione linguistica non corrisponde al suo significato. Si può, ad esempio, non intendere il significato di un enunciato, e tuttavia essere influenzato da questo, oppure un enunciato può non essere capito e tuttavia avere un qualche effetto sulla persona alla quale è rivol-

³² L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p. 37 (I, § 36). Corsivo nel testo. Cfr. A. G. GARGANI, *Introduzione a Wittgenstein*, II. ed., Laterza, Bari 1980, p. 82.

³³ Cfr. A.G. GARGANI, *op. cit.*, pp. 78 ss.

³⁴ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., pp. 67-68 (§ 31). Corsivo nel testo.

to. Io posso rivolgere in lingua italiana la domanda «che ora è?» a, poniamo, un soggetto che parla solo tedesco. La mia domanda, anche se non viene compresa, può tuttavia avere l'effetto di far capire al soggetto in questione che chi gli rivolge la parola è un italiano. «Der ist ein Italiener» non è però, ovviamente, il significato di «che ora è?». Oppure, addirittura, un'espressione linguistica può essere del tutto priva di significato e nondimeno provocare un certo effetto nei confronti del fruitore. Scrive Wittgenstein: «Wenn ich sage, der Befehl «bring mir Zucker» und «bring mir Milch» hat Sinn, aber nicht die Kombination «Zucker mir Milch», so heißt das nicht, daß das Aussprechen dieser Wortverbindung keine Wirkung hat. Und wenn sie nun die Wirkung hat, daß der Andre mich anstarrt und den Mund aufsperrt, so nenne ich sie nicht deswegen den Befehl, mich anzustarren etc., auch wenn ich gerade *diese* Wirkung hätte hervorbringen wollen. «Diese Wortverbindung hat keinen Sinn» heißt nicht, sie hat keine Wirkung»³⁵.

Se affermo che un simbolo linguistico è ciò che provoca un certo effetto, e quindi definisco il significato di quel simbolo come questo suo certo effetto, si pone allora il problema – nota il filosofo viennese – di come io possa fare a riconoscere l'effetto come significato. Vale a dire, come facciamo a riconoscere il significato di un'espressione linguistica tra i suoi vari effetti se non abbiamo già un'idea di ciò che con quell'espressione si voleva significare? «Wenn ich sage, «Symbol ist das, was diesen Effekt hervorruft» –, so ist eben die Frage: Wie ich von «diesem Effekt» reden kann. – Und wie ich weiß, daß *der ist, den ich gemeint habe*, wenn er eintritt. – Es ist drum keine Erklärung, die die Wurzel dieser Beunruhigung trifft, zu sagen: sehr einfach, wir vergleichen ihn mit unserem Erinnerungsbild. Denn wie ist uns die Vergleichsmethode gegeben, nach der wir vergleichen sollen, d.h.: Wie wissen wir, was wir zu tun haben, wenn uns befohlen wird «zu vergleichen»?»³⁶

(ii) Una seconda obiezione alla teoria comportamentistica è sollevata da Waismann: la teoria in questione rende problematica la comunicazione. Se il significato di un'espressione linguistica dipende dall'effetto di questa sul fruitore, è possibile che il significato che il fruitore attribuisce all'espressione linguistica (vale a dire l'effetto di questa su quello) risulti del tutto diverso dal significato che l'emittente intendeva convogliare con l'emissione dell'espressione linguistica di cui si tratta. In tale ipotesi non v'è

³⁵ Ivi, p. 189 (§ 136). Corsivo nel testo.

³⁶ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., pp. 70-71 (§ 33). Corsivo nel testo.

comunicazione tra emittente e fruitore. Poiché nella prospettiva comportamentistica non possiamo escludere che ciò avvenga, vale a dire che l'effetto dell'espressione linguistica sul fruitore sia diverso o addirittura opposto a quello desiderato o «inteso», si ricade in una concezione soggettivistica e relativistica per la quale il significato è in balia della singola ricezione o risposta, e dell'efficacia maggiore o minore della singola espressione. «Gesetzt, – scrive Waismann – wir sähen die Bedeutung eines Zeichens in seiner Wirkung. Wie nun, wenn das Zeichen einmal nicht die Bewegung bewirkt sondern das Stehenbleiben? Dann wird man sagen müssen, daß *dies* die Bedeutung des Zeichens *a* ist. In diesem Sinn ist es eine Hypothese, welche Bedeutung dieses Zeichen hat, und zukünftige Erfahrungen konnten lehren, daß es eine ganz andere hat, als wir geglaubt haben»³⁷.

(iii) Una terza obiezione, collegata alla seconda, è quella che Wittgenstein rivolge alla concezione del desiderio di Bertrand Russell, il quale sostiene in merito una posizione comportamentistica. Il significato di un'azione – afferma Wittgenstein – non può dedursi soltanto dal comportamento dell'agente, giacché elemento imprescindibile dell'azione è l'*intenzione* dell'agente. Wittgenstein fa l'esempio seguente. «Wie wäre es, wenn einer Schach spielte und wenn er matt gesetzt wäre, sagte 'siehst du, ich habe gewonnen, denn *das* Ziel wollte ich erreichen'? Wir würden sagen, dieser Mensch wollte eben nicht Schach spielen, sondern ein anderes Spiel, während Russell sagen müßte, der hat im Schach gewonnen, der mit den Figuren spielt und mit dem Ausgang zufrieden ist»³⁸. Se cioè giocando a scacchi sono messo in scacco matto, e dichiaro: «Ho vinto io, perché questo era il fine che mi proponevo», si dirà che io in realtà non ho giocato a scacchi, ma a qualche altro gioco. Se si adotta però la prospettiva comportamentistica, dovrà invece dirsi che *io* ho vinto, in quanto muovevo dei pezzi sulla scacchiera e sono contento dell'esito della partita. Ciò vale anche per il linguaggio: «Wenn man das Element der Intention aus der Sprache entfernt, so bricht damit ihre ganze Funktion zusammen»³⁹. Per intendere un'espressione linguistica, non si può allora prescindere dall'intenzione di chi la usa (dell'*emittente*).

(iv) Una quarta obiezione che si ricollega alla prima è che la concezione comportamentistica scambia le conseguenze logiche per effetti

³⁷ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p.172. Corsivo nel testo.

³⁸ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Bemerkungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, p. 65 (§ 24).

³⁹ Ivi, p. 63 (§ 20).

causali, e dunque la «ragione» o il «fondamento» (*Grund*) di un comportamento per la sua «causa» (*Ursache*). Se si domanda al macchinista di un treno «perché ti sei fermato?», e questo risponde «perché il semaforo è rosso», non si è in presenza della «causa», bensì della «ragione» di un certo comportamento. «Die kausale Auffassung der Sprache rührt nun her von einer Verwechslung der logischen Folgen mit den kausalen Folgen. Wenn der Lokomotivführer gefragt wird: «Warum hast du hier gehalten?», so sagte er etwa: «Weil hier das Signal *HALT!* steht». Diese Antwort hält man nun fälschlich für die Angabe einer Ursache, während sie die Angabe eines Grundes ist»⁴⁰. A un comando si può o no obbedire, una norma o un principio possono o no essere osservati, un significato si può o no intendere, mentre non ha senso dire che non si obbedisce, e non si osserva, e non si intende, una causa. Alla causa, se è tale, consegue inevitabilmente il suo effetto.

In opposizione al comportamentismo Waismann afferma che il significato di un'espressione linguistica non può essere inteso da un punto di vista puramente causalistico (dal punto di vista «esterno», potremmo dire noi, riprendendo la terminologia di Peter Winch⁴¹), bensì soltanto da un punto di vista *normativistico* (dal punto di vista «interno», come direbbe Hart⁴²). «In der Konzeption des psychischen Mechanismus – scrive Waismann –, in dem die Sprache an dem Hebel zieht, der den Körper des anderen bewegt, tritt der Begriff der Bedeutung noch gar nicht auf. Für diesen Begriff wird erst Platz, sobald man die Sprache unter einen *normativen* Gesichtspunkt betrachtet. Der Begriff «Bedeutung» wird ja geradeso wie der Begriff «Zeichen», «Ausdruck» in naturwissenschaftlichen Betrachtungen immer wie ein Fremdkörper empfunden»⁴³. Wittgenstein aveva infatti negato con forza che la spiegazione del significato di un'espressione linguistica potesse essere fornita dalla descrizione di un'esperienza, dall'indicazione di una regolarità, o comunque da una spiegazione causale. «Wir sagten aber: unter «Bedeutung» verstünden wir das, was die Erklärung der Bedeutung erklärt. Und die Erklärung der Bedeutung ist kein Erfahrungssatz und keine Kausalerklärung, sondern eine Regel, ein Übereinkommen»⁴⁴. La spiegazione del significato di

40 F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 180. Vedi anche F. WAISMANN, *The Relevance of Psychology to Logic*, ora in ID., *Philosophical Papers*, cit., specialmente pp. 77-79.

41 Vedi P. WINCH, *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, XI ristampa, Routledge & Kegan Paul, London 1985, p. 110.

42 Vedi H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1961, pp. 86 ss.

43 F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., pp. 190-191. Corsivo nel testo.

44 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 68 (§ 32).

un'espressione linguistica è piuttosto l'enunciazione di una *regola*, di una *norma*, vale a dire delle regole d'uso di quell'espressione.

(v) La teoria comportamentistica del significato sconfina in una teoria verificazionistica. Infatti, una volta concepito il significato come l'effetto causale di un'espressione linguistica, la determinazione di questo significato assume il carattere di una ipotesi intorno al verificarsi dell'effetto che si ritiene sia connesso a quella certa espressione⁴⁵. La comprensione di un enunciato equivale, in questa prospettiva, alla constatazione o per lo meno alla previsione dell'effetto che quell'enunciato ha provocato, provoca, o provocherà sul fruitore. «The proposition that your action has such and such a cause, is a hypothesis – the hypothesis is well-founded if one has had a number of experiences, which, roughly speaking, agree in showing that your action is the regular sequel of certain conditions which we then call causes of the action»⁴⁶.

Per Wittgenstein l'enunciato che ci dà il significato di un termine è profondamente diverso dall'enunciato con cui si ipotizza una certa relazione causale. Per intendere il significato di un'espressione linguistica non ho bisogno necessariamente di rivolgermi all'osservazione di regolarità di condotta. «In order to know the reason which you had for making a certain statement, for acting in a particular way, etc., no number of agreeing experiences is necessary, and the statement of your reason is not a hypothesis»⁴⁷. L'enunciato con cui si dà il significato di un'espressione linguistica è così piuttosto un enunciato che fornisce la «ragione» di una certa azione. E la «ragione» di un certo comportamento (linguistico o no) rinvia o alla psicologia dell'individuo oppure a regole, a norme, accettate entro un certo ambito. «Giving a reason for something one did or said means showing a way which leads to this action. In some cases it means telling the way which one has gone oneself; in others, it means describing a way which leads there and is in accordance with certain accepted rules»⁴⁸.

Rimane nondimeno un'importante differenza tra la teoria comportamentistica e quella verificazionistica. Per quest'ultima l'evento oggetto della (eventuale) verifica non è l'effetto dell'enunciato, bensì *lo stato di cose su cui l'enunciato verte*. Così, mentre la teoria comportamentistica

⁴⁵ Vedi F. WAISMANN, *op. ult. cit.*, p. 172.

⁴⁶ L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 15.

⁴⁷ *Ibidem*. Corsivo nel testo.

⁴⁸ *Ivi*, p. 14. Corsivo nel testo.

risolve la dimensione semantica in quella pragmatica, la teoria verificazionistica mantiene la distinzione tra le due dimensioni.

6. Teorie della norma e teorie della validità

6.1. Si può sostenere l'esistenza di un legame tra teorie del significato e teorie della norma nel senso che una volta assunta una certa concezione del significato, se si vuole rimanere coerenti con essa, deve assumersi una concezione della norma corrispondente. Questo legame può essere anche implicito, ed è assunto talvolta quasi inconsapevolmente. Vi sono nondimeno teorie della norma che non si interessano delle connessioni dei fenomeni normativi con i fenomeni linguistici.

Il legame tra teoria del significato e teoria della norma diviene strettissimo se si adotta la prospettiva filosofica dell'ultimo Wittgenstein. «Tra i concetti 'significato' e 'regola' – egli scrive – sussiste una corrispondenza»⁴⁹. Per il filosofo austriaco, infatti, il significato di un'espressione linguistica è un tipo particolare di regola o norma: è una norma sull'impiego dell'espressione linguistica in questione. La teoria del significato assume così i contorni di una speciale teoria della norma.

Grazie all'azione convergente della filosofia ermeneutica e di quella neopositivistica e analitica negli ultimi decenni lo studio del diritto e del linguaggio si sono sempre più tra loro intrecciati, di modo che una prospettiva di analisi delle concezioni della norma quale quella assunta in questo studio appare legittima, per lo meno con riguardo alle teorie contemporanee del diritto. Credo comunque che si possa plausibilmente affermare che l'assunzione di una certa teoria del significato determini (o sia il presupposto di) una certa teoria della norma (e della validità giuridica)⁵⁰. Di seguito provo ad indicare alcune connessioni possibili tra teorie del significato e teorie della norma.

6.3. Chi assume una teoria verificazionistica del significato e riconosce quindi «senso» soltanto agli *asserti*, agli enunciati *descrittivi*, ha dinanzi a sé questa alternativa: (a) o ritenere che la norma sia un enunciato dotato di senso, (b) oppure ritenere che la norma sia priva di senso. Nel primo

⁴⁹ L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. di M. Trinchero, II ed., Einaudi, Torino 1978, p. 13.

⁵⁰ In questo senso ad esempio si pronuncia J. WRÓBLEWSKI, *The Problem of the Meaning of the Legal Norm*, ora in ID., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., a cura di A. Aarnio, A-TIETO, Helsinki 1983, pp. 1 ss.

caso la norma sarà ridotta, in qualche modo, ad un'asserto. Nel secondo caso la norma sarà equiparata ad una mera esclamazione, espressione di un sentimento o di un'emozione⁵¹.

Laddove la norma venga ridotta ad un enunciato di tipo assertivo ci troviamo di solito dinanzi a due principali concezioni: (i) quella per cui la norma non è che la previsione di un evento futuro (in genere il comportamento dei giudici); (ii) quella per cui la norma non è che una regola tecnica, la quale è vista a sua volta come la «descrizione» del mezzo più adeguato per raggiungere un certo fine. Una concezione del tipo (i) è quella, ad esempio, sostenuta dal giudice Oliver Wendell Holmes, il quale riteneva per l'appunto che il diritto consistesse nella previsione della condotta dei tribunali⁵². Una concezione del tipo (ii) è invece difesa, ad esempio, da B.F. Skinner. «Rilevanti contingenze sociali (*social contingencies*) – egli scrive – sono implicate da «Non devi rubare», che può essere tradotto «Se vuoi evitare la punizione, evita di rubare», oppure «Rubare è scorretto, e il comportamento scorretto è punito». Un tale enunciato non è più normativo di «Se il caffè ti tiene sveglio, non lo bere quando vuoi andare a dormire»⁵³.

Le teorie della validità corrispondenti alle due teorie della norma appena enunciate sono le seguenti. Invero, se una norma è un mero enunciato emotivo, e si assume che questo sia «privo di senso», non si pone neppure il problema della sua validità. Il problema della «validità» o della «giustificazione» o anche della «verità» di un enunciato può porsi solo rispetto al *significato* di questo. Un enunciato privo di senso non è né valido né invalido, né giustificato né ingiustificato, né vero né falso.

Nel caso in cui la norma sia vista come la previsione di un evento futuro, la validità della norma coinciderà con la *verificazione* di questa, vale a dire col verificarsi dell'evento (della condotta) previsto. La validità

⁵¹ Cfr. in merito U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano 1985, p. 86.

⁵² Vedi O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, ora anche in *The Holmes Reader*, a cura di J.J. Marke, II ed., Oceana, Doblesferry, N.Y. 1964, p. 42. In merito, cfr. quanto scrive U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 1969, p. 111.

⁵³ B.F. SKINNER, *Beyond Freedom and Dignity*, Penguin, Harmondsworth 1979, p. 114, trad. mia. Per una concezione più o meno analoga in campo metaetico, vedi la cosiddetta «fondazione tecnica» delle norme tentata da Paul Lorenzen e dalla «scuola di Erlangen». In merito, cfr. R. ALEXI, *Eine Theorie des praktischen Diskurses*, in *Materialien zur Normendiskussion*, vol. 2, *Normenbegründung. Normendurchsetzung*, a cura di W. Oelmüller, Schöningh, Paderborn 1978, pp. 29-30.

della norma finisce qui per coincidere con la sua efficacia: una norma è valida se essa è effettivamente osservata, cioè se è efficace. Ciò vale anche per ciò che concerne la validità della norma concepita come regola tecnica (là dove questa sia intesa come un tipo di enunciato descrittivo, come descrizione del mezzo necessario ad un certo fine): la norma come regola tecnica sarà valida se essa è effettivamente *vera*, se è cioè verificata dal raggiungimento di quel certo fine mediante l'utilizzo di quel certo mezzo da essa «descritto».

Alla teoria «ideazionale» (psicologista o mentalistica) del significato può farsi corrispondere la teoria della norma come dichiarazione di volontà. A questa teoria possono ricondursi a mio avviso tanto molte teorie giusnaturalistiche (volontaristiche) quanto varie teorie imperativistiche che vedono la norma come comando, imperativo, oppure anche come «significato di un atto di volontà», e che comunque sostengono che la norma sia il prodotto di un atto psichico di volontà. La norma qui è valida quando essa corrisponde alla volontà (all'«idea», alla «rappresentazione» oppure all'intenzione) del soggetto che l'ha emanata.

All'altra versione (oggettivistica) della teoria della rappresentazione può farsi invece corrispondere una concezione «platonistica» delle norme, secondo la quale queste sarebbero entità reali (ideali e non materiali) rappresentate o «raffigurate» dagli enunciati normativi. Una tale concezione è stata di recente denominata «iletica», in contrapposizione a una concezione «espressiva» delle norme⁵⁴. Per la concezione «iletica» la validità di una norma dipenderebbe da criteri di carattere eminentemente ontologico, ovvero dall'appartenenza della norma ad un certo «mondo» normativo. Per il «platonismo normativo» la validità della norma è del tutto indipendente dall'azione di esseri umani. La condotta umana può essere un indice delle validità delle regole, mai però una condizione di tale validità⁵⁵.

Alla teoria comportamentistica, infine, corrisponde la concezione della norma secondo la quale questa sarebbe un tipo particolare di stimolo (linguistico o/e extra-linguistico). Poiché qui il «senso» della norma non è che l'effetto provocato da questa sul suo destinatario, la validità della norma non potrà che sovrapporsi agli effetti di questa, alla sua *efficacia*

⁵⁴ Vedi C. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *The Expressive Conception of Norms*, in *New Essays in Deontic Logic*, a cura di R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981, pp. 95 ss.

⁵⁵ In merito, cfr. A. KEMMERLING, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins*, in «Rechtstheorie», 1975, pp. 106-107.

quindi. Anche qui, come in una versione della teoria della norma fondata sulla concezione verificazionistica del significato, validità ed efficacia finiscono per coincidere. Una concezione di questo tipo è stata di recente affermata da Georg Henryk von Wright, il quale sostiene che la norma è una «determinante esterna dell'azione umana». Ma cosa sono tali determinanti esterne? Ebbene, ecco la risposta di von Wright: «Le determinanti esterne (*external determinants*) delle nostre azioni sono come stimoli ai quali noi reagiamo. Tali risposte devono essere apprese, *come nel caso dei riflessi condizionati*»⁵⁶.

A prescindere anche dal fatto che le summenzionate teorie della norma (e della validità) sono fondate su teorie del significato ampiamente insoddisfacenti, insoddisfacenti sono – a mio avviso – le teorie stesse e le loro implicazioni. La teoria della norma fondata sulla teoria verificazionistica ha due esiti entrambi poco convincenti. Da un lato essa cade in quella che è stata chiamata la «fallacia descrittivistica», per cui vi sarebbe un solo tipo di significato (quello descrittivo), con la conseguenza di non potere più distinguere tra enunciati di «essere» ed enunciati di «dover essere» e di dover rinunciare al cosiddetto «divisionismo»⁵⁷, il quale resta tuttavia fruttuoso nel campo della metodologia delle scienze sociali. D'altro lato, il verificazionismo finisce per privare di «senso» ogni enunciato normativo, valutativo o prescrittivo, con il risultato assai discutibile di consegnare all'«insensato» una parte ragguardevole e rilevante dell'esperienza e della riflessione teorica umana. «Since it is obvious to every lawyer that a rule has meaning, in any ordinary sense of the word 'meaning' – scrive Glanville L. Williams –, it follows that a lawyer must reject the definition of meaning advanced by the Logical Positivists as a complete definition of the word»⁵⁸.

Ricordo, a questo proposito, che considerazioni di questo tenore hanno spinto Uberto Scarpelli, studioso di profonde convinzioni analitiche e neopositivistiche, ad abbandonare il principio della verifica (o della verificabilità) in favore di ciò che egli ha chiamato «principio di signi-

⁵⁶ G.H. von WRIGHT, *Determinism and the Study of Man*, ora in ID., *Philosophical Papers*, vol. 1, *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford 1983, p. 38, trad. mia, corsivo mio.

⁵⁷ In merito, cfr. U. SCARPELLI, *La «grande divisione» e la filosofia della politica*, introduzione in F.E. OPPENHEIM, *Etica e filosofia politica*, trad. it. di M.C. Galavotti, Il Mulino, Bologna 1971.

⁵⁸ G.L. WILLIAMS, *Language and the Law*, in «Law Quarterly Review», 1946, p. 405. Williams, che fa qui riferimento alla teoria verificazionistica, rimane comunque un difensore della teoria emotivistica del significato.

ficanza»⁵⁹. Per ragioni analoghe il verificazionismo è stato respinto, ad esempio, anche da Jerzy Wróblewski. La teoria emotivistica – argomenta Wróblewski – non spiega da un lato il fatto che le norme sono spesso linguisticamente complesse e lungi dal poter essere ridotte alla forma semplice dell'esclamazione o dell'interiezione, e d'altro lato la loro presa sulla realtà, il fatto che le norme servono effettivamente a far funzionare in una certa direzione le istituzioni sociali⁶⁰.

6.3. Un altro possibile esito della teoria verificazionistica è quello che definirei come una sua applicazione «analogica» agli enunciati normativi. Si tratta di una proposta avanzata ormai parecchi anni orsono da Luigi Ferrajoli, il quale cerca di trovare un principio di significanza analogo a quello della verificabilità e valido però per gli enunciati normativi. Ferrajoli muove innanzitutto da una teoria della rappresentazione. «Per determinare il «significato» di una proposizione, sia essa assertiva o precettiva o di altro tipo, la prima operazione è sicuramente quella di individuare il contenuto rappresentativo che essa evoca nel suo *destinatario* o interprete o utente»⁶¹. Siamo dinanzi qui ad una combinazione di una teoria «ideazionale» (centrata però sul «fruitore» e non sull'«emittente» dell'enunciato) e di una teoria «referenziale». «Sia una proposizione assertiva che una proposizione precettiva hanno significato nella misura in cui è possibile individuare empiricamente, lo stato di cose che esse rappresentano»⁶².

Ferrajoli parla di un più generale criterio di «accettabilità» degli enunciati, il quale si configurerebbe in maniera diversa a seconda del diverso carattere (semantico) degli enunciati. La distinzione tra enunciati descrittivi o assertivi ed enunciati normativi sarebbe così *anche* semantica, e non solo pragmatica⁶³. «La possibilità di essere o accettata o non accettata è dunque il tratto caratteristico che una qualunque frase deve possedere per venire in considerazione come proposizione, non importa se come asserzione o come precetto. Sembra possibile, quindi, identificare un criterio generale di significanza, consistente in un generale *principio*

⁵⁹ Vedi U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., cit., pp. 85 ss. Per una critica del verificazionismo, con riferimento proprio al significato degli enunciati normativi, si veda anche P.F. STRAWSON, *Meaning and Truth*, ora anche in *Philosophy As It Is*, a cura di T. Honderich e M. Burnyeat, Penguin, Harmondsworth 1984, pp. 526-527.

⁶⁰ Vedi J. WRÓBLEWSKI, *The Problem of the Meaning of the Legal Norm*, cit., p. 10.

⁶¹ L. FERRAJOLI, *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1966, p. 522. Corsivo mio.

⁶² Ivi, p. 523.

⁶³ Vedi ivi, p. 525, nota 23.

di accettabilità valido così per le asserzioni come per i precetti, e configurantesi per le prime come *principio di verificabilità* per i secondi come *principio di eseguibilità*»⁶⁴. Una norma, qui vista eminentemente come precetto, avrebbe pertanto senso, sarebbe dotata di significato, se la condotta che essa prescrive è «eseguibile». «Una proposizione precettiva è sensata se in linea di principio è *eseguibile*, cioè se prescrive un comportamento di cui è possibile, ovvero pensabile, l'esecuzione (o la venuta in esistenza)»⁶⁵.

Invero l'«eseguibilità» di cui parla Ferrajoli costituisce un criterio assai «liberale» e forse anche vago, giacché la eseguibilità è connessa non solo alla possibilità materiale (empirica) della esecuzione, ma anche alla *pensabilità* di questa, la quale ultima ovviamente trascende i vincoli della eseguibilità empirica, e può proiettarsi in mondi immaginari o «possibili» e tuttavia empiricamente non esistenti. Nondimeno, l'«eseguibilità», sia pure con gli ampi contorni che le vengono qui attribuiti, non è un vero e proprio criterio di significanza, ma piuttosto di «sensatezza» o di «razionalità», o di «giustificazione» dell'enunciato, giacché esso non è operativo se non si assume che l'enunciato in questione sia già stato compreso. Per eseguire una prescrizione, così come per verificare un asserto devo averne prima inteso il significato. L'esempio di enunciato insensato perché «ineseguibile» prodotto da Ferrajoli, «Dipingi di verde l'Assoluto!», non è invero privo di significato. Lo intendiamo ma lo giudichiamo «insensato» o «irrazionale» o «ingiustificato», giacché non sappiamo immaginarci la condotta che realizzerebbe lo stato di cose che con quell'enunciato si intende contribuire a porre in essere.

Parimenti il principio di verificabilità costituisce un criterio non di significanza bensì di «sensatezza» o di «razionalità» o di «giustificazione» di un certo enunciato descrittivo. Ma che il principio di «eseguibilità» sia qui nient'altro che un'applicazione analogica del principio di verificabilità risulta chiaramente dalla maniera in cui Ferrajoli risolve il problema della validità di un enunciato normativo (prescrittivo). Tale validità viene risolta nella *verità* dell'enunciato che si pronuncia metalinguisticamente sulla validità medesima. Ciò è possibile però al prezzo di concepire la «validità» non tanto come predicato dell'enunciato prescrittivo bensì come predicato di un'enunciato che verte sulla prescrizione in questione. O meglio la validità viene concepita qui alternativamente (i) come reiterazione dell'imperatività dell'enunciato, così che l'espressione «è valido»

⁶⁴ Ivi, p. 526, corsivo nel testo.

⁶⁵ *Ibidem*, corsivo nel testo.

sarebbe del tutto equivalente a «devi» e non avrebbe un contenuto semantico indipendente rispetto alla prescrizione su cui verte, oppure (ii) come predicato che connota una proprietà dell'enunciato. «Si sono isolate in questo modo – scrive Ferrajoli, due accezioni diverse delle parole 'validità' e 'invalidità' o 'dovere' e 'non dovere', parallele a quelle già viste di 'verità' e 'falsità'; una prima accezione che corrisponde a un loro impiego direttamente *imperativo*, una seconda accezione, che corrisponde a un loro impiego *dichiarativo*. Nell'accezione imperativa, cioè se impiegate come espressioni dello stesso linguaggio in cui è pronunciato il precetto, esse si riferiscono direttamente al comportamento prescritto, ed esprimono un atto di volontà di colui che formula il precetto. Nell'accezione dichiarativa, cioè se impiegate come espressione del metalinguaggio che descrive la proposizione precettiva, esse riferiscono invece di proprietà del precetto, ed esprimono quindi un giudizio teoretico»⁶⁶.

Ci troviamo così dinanzi da un lato ad una teoria imperativistica e volontaristica della validità, e d'altro lato a una riduzione della validità a verificabilità o verità. Per giungere a questa seconda tesi è però necessario postulare che (a) il metalinguaggio che verte sull'enunciato prescrittivo debba necessariamente essere descrittivo, mentre per sostenere la prima tesi di questa alternativa (il giudizio di validità su *p* non è che una reiterazione di *p*) bisogna sostenere che (b) quel giudizio appartiene al medesimo livello linguistico in cui si colloca *p*. Orbene né (a) né (b) sono corretti.

«E' valido l'enunciato normativo *p*» è certamente un enunciato di un metalinguaggio che verte sul linguaggio in cui viene espresso *p*, e nondimeno tale metalinguaggio non è necessariamente descrittivo o dichiarativo, giacché la correttezza di un tale enunciato può accertarsi con criteri che non hanno a che fare con la corrispondenza empirica ad un certo stato di cose bensì con il ricorso a ragioni o principi i quali a loro volta sono enunciati normativi (non necessariamente prescrittivi). Vale a dire che per accertare la validità di un enunciato normativo debbo ricorrere ad un ragionamento pratico, e non posso affidarmi esclusivamente all'osservazione di fatti empirici. Né tale ragionamento pratico può articolarsi solo secondo relazioni sintattiche di coerenza, sia pure integrate da criteri pragmatici di successo o efficacia⁶⁷.

⁶⁶ Ivi, pp. 530 - 531. Corsivo nel testo.

⁶⁷ Cfr. ivi, pp. 537 ss. E' questa una delle regioni, forse, che ha indotto in seguito Ferrajoli a distinguere tra «validità» e «vigore»: vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1990, pp. 915 ss.

6.4. Un esempio di «platonismo normativo» è offerto dalla semantica proposta dallo studioso franco-polacco Georges Kalinowski. Questi accetta preliminarmente l'esistenza di un linguaggio prescrittivo distinto da quello descrittivo. Un linguaggio prescrittivo, per lo studioso franco-polacco, si caratterizza per il fatto che esso contiene gli operatori deontici dell'obbligo, del divieto e del permesso. E il linguaggio giuridico, in quanto composto di enunciati che esplicitamente o implicitamente usano quegli operatori deontici, è considerato prescrittivo⁶⁸.

Kalinowski accoglie una teoria «rappresentativa» o «ideazionale» del significato: «Il *significatum* è, propriamente, l'idea espressa mediante un enunciato»⁶⁹. Si tratta comunque di una concezione «ideazionale» non psicologista: l'«idea» di cui qui si tratta è piuttosto una classe logica che il contenuto di un atto psichico. Vi sono poi, secondo questo studioso, due tipi principali di significato: (i) mediante l'uno si realizza una conoscenza; (ii) mediante l'altro una creazione. Abbiamo così una *pensée-connaissance* e una *pensée-crétation*. Alla prima corrisponde una qualche realtà, alla seconda nessuna entità che possa dirsi reale. Si deve allora distinguere all'interno del *significatum* tra (a) *designatum* e (b) *significatum* in senso proprio, cosicché è possibile avere enunciati sprovvisti di *designatum* e nondimeno dotati di *significatum*. Gli enunciati privi di *designatum* vengono detti «espressioni vuote».

Tuttavia per Kalinowski possono esservi *designata* che non consistono di entità reali. Si tratterebbe piuttosto di oggetti cosiddetti «intenzionali», o di entità ideali come ad esempio la ninfa Calipso. Le «espressioni vuote» potrebbero dunque anch'esse designare qualcosa, avere un qualche tipo di referente. Gli enunciati «non vuoti» designerebbero in senso forte, così che in essi *significatum* e *designatum* si presenterebbero ben distinti. Gli enunciati «vuoti» invece designerebbero in senso debole, riferendosi a entità tutte ideali, così che in esse il *designatum* sarebbe assorbito dal *significatum*.

Giunge ora il passaggio decisivo in cui Kalinowski assume una posizione «platonista normativa». Se si accettano come *designata* entità ideali – argomenta –, se si ammette cioè l'esistenza del non immediatamente percepibile o sensibile, allora anche ciò che non è materiale, vale a dire che non si dà entro le coordinate di spazio e tempo, può essere reale o meglio

⁶⁸ Vedi ad es. G. KALINOWSKI, *Zur Semantik der Rechtssprache*, in *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, a cura di W. Krawietz, K. Opalek, A. Peczenik e A. Schramm, Duncker & Humblot, Berlin 1979, pp. 239 ss.

⁶⁹ Ivi, p. 245. Trad. mia.

esistente. Ma se è così, allora anche delle relazioni normative, in particolare quelle espresse dai tre operatori deontici dell'obbligo, del divieto e del permesso, possono dirsi reali. Conseguentemente, di una norma che esprime una relazione normativa può predicarsi la verità o la falsità, a seconda che vi sia o no un rapporto di corrispondenza tra il significato d'essa e la «relazione normativa» che la norma designa o cui si riferisce.

Kalinowski giunge ad affermare che la norma è un enunciato «non vuoto», vale a dire che essa designa in senso forte, giacché la «relazione normativa» cui la norma si riferisce, e che essa designa, non è un «oggetto intenzionale», ovvero un'entità ideale, bensì una realtà in senso stretto, laddove non si escluda a priori l'esistenza del non immediatamente percepibile dai sensi⁷⁰.

Il «platonismo normativo» di Kalinowski è abbastanza radicale: le norme, per lui, non designano «entità ideali», bensì entità reali in senso proprio. Una norma può dunque essere vera o falsa, in un senso analogo a quello in cui può predicarsi la verità o la falsità di un asserto, di un enunciato descrittivo. Di conseguenza le norme giuridiche, le norme stesse – si badi – e non le proposizioni che le enunciano (i *Rechtssätze* del tardo Kelsen⁷¹, per intenderci, o le *propositions of law* di Ronald Dworkin⁷², o meglio ancora le *norm-propositions* di von Wright⁷³) possono dirsi vere o false, a seconda che il loro significato corrisponda o no al loro referente (la «relazione normativa»).

Per Kalinowski la distinzione gnoseologica e semantica tra asserti e prescrizioni, tra enunciati descrittivi ed enunciati prescrittivi o normativi, si trasforma in una distinzione *ontologica*, una distinzione che non opera più sul piano del *significatum*, bensì su quello del *designatum*. Vi sarebbero cioè *designata* o «entità reali» descrittive, e *designata* o «entità reali» normative. La relazione semantica tra *significatum* e *designatum* (o «entità reale») sarebbe in entrambi i casi la medesima: essenzialmente quella della corrispondenza, della «adaequatio rei», ovvero una relazione di verità.

⁷⁰ Vedi ivi, p. 247.

⁷¹ Vedi H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II ed., Deuticke, Wien 1960, pp. 59, 73 ss., 209 ss.

⁷² Vedi R. Dworkin, *Introduction*, in *The Philosophy of Law*, a cura di R.M. Dworkin, Oxford University Press, Oxford 1977, p. 5.

⁷³ Vedi G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1977, p. 93, p. 106.

Il «platonismo normativo» non deve essere però scambiato *sic et simpliciter* per la teoria che afferma una specifica esistenza delle norme come entità non materiali. Quest'ultima tesi potrebbe essere difesa con diversa enfasi anche, ad esempio, da teorie sociologiche, dalle concezioni «culturalistiche» del diritto, e perfino dal realismo normativistico scandinavo. Caratteristica del «platonismo normativo» è non tanto l'affermazione dell'esistenza delle norme come entità dotate di una specifica realtà quanto la tesi secondo cui le norme, o meglio gli enunciati normativi, comunque esistenti, riflettono o sono espressione di oggetti o fatti o relazioni propriamente normativi. Alle norme medesime quindi – come accade nella teoria di Kalinowski – è attribuita la capacità d'essere vere o false. Si tratta qui – come è rivendicato dallo stesso Kalinowski – d'un estremo «cognitivismo normativo», che vale tanto per le norme morali quanto per le norme giuridiche.

Si ricordi che caratteristica del cognitivismo metaetico è invece solo l'affermazione della conoscibilità di valori, principi e regole *morali*, non anche di norme *giuridiche*. E inversamente il noncognitivismo metaetico difende l'inconoscibilità di enti specificamente normativi come valori e principi morali, ma non anche di fenomeni sociali o di contenuti proposizionali, e quindi non anche l'inconoscibilità delle norme giuridiche se intese come fenomeni sociali e contenuti proposizionali. Ovviamente, quando qui si parla di conoscibilità delle norme giuridiche si fa riferimento ad una conoscibilità per così dire forte, che prescinde da qualunque precedente produzione normativa. Per il «cognitivista normativo» la conoscibilità delle norme non riguarda la possibilità di conoscere le norme positive, bensì la conoscibilità di quelle entità o relazioni cui le norme positive – secondo tale prospettiva – possono o no corrispondere. (Detto in altri termini la conoscenza normativa rivendicata dal «cognitivista» qui ha per oggetto non le norme già emanate, le norme «reali», bensì quelle da emanare, ovvero le norme «ideali»). Per un cognitivista normativo è così possibile affermare che una certa norma positiva – poniamo, l'articolo primo del Codice civile tedesco o l'articolo dodici delle Disposizioni preliminari del Codice civile italiano – è falsa. La falsità e verità si predica – per il cognitivista normativo *à la Kalinowski* – di enunciati di un linguaggio (normativo) di primo grado, e non di enunciati di un linguaggio di secondo grado (del tipo: «L'articolo primo del codice civile tedesco recita che...»).

Una posizione più moderata che affermi l'esistenza delle norme (sociali o giuridiche) come entità specifiche non è necessariamente compromessa con alcuna forma di cognitivismo metaetico né di cognitivismo normativo

«forte». Weinberger, ad esempio, concepisce le norme come «entità ideali» esistenti nel mondo, e tuttavia è in metaetica un noncognitivistà radicale. Tantomeno crede che il linguaggio delle norme giuridiche possa essere vero o falso. Weinberger afferma una tesi meno controversa, vale a dire che le norme, come altri fenomeni culturali, hanno un'esistenza specifica, la quale non è riducibile a quella di fatti meramente empirici, «fatti bruti». Le norme sarebbero piuttosto «fatti istituzionali». Per giustificare questa sua tesi Weinberger si richiama in parte all'ontologia elaborata da Nicolai Hartmann e in misura ancora maggiore all'idea popperiana del Mondo 3.

Ai nostri fini è sufficiente qui accettare la tesi delle norme come entità dotate d'esistenza specifica in virtù dei seguenti criteri: (i) ciò che agisce o ha effetti su esseri o stati di cose esistenti è dotato anch'esso di esistenza; (ii) ciò che è prodotto da esseri esistenti è dotato anch'esso di esistenza; (iii) ciò la cui esistenza è indipendente dall'esistenza di altri esseri è dotato d'esistenza specificamente propria⁷⁴. Questi tre criteri sono tutti soddisfatti da quelle «cose» che comunemente chiamiamo «norme giuridiche». Infatti: (i) le norme costituiscono, ragioni o motivi di, e dunque agiscono su, condotte umane esistenti; (ii) le norme sono prodotti di esseri esistenti, gli uomini; (iii) le norme tuttavia sono indipendenti dall'atto della loro emanazione o produzione, giacché ogni norma ha per conseguenza logica infinite altre norme delle quali l'emittente o produttore non è e non può essere a conoscenza⁷⁵.

6.5. Insoddisfacenti sono pure gli esiti della teoria comportamentistica delle norme, innanzitutto la riduzione della validità di queste alla loro efficacia (comune invero anche alla teoria verificazionistica). Se una norma è valida solo quando è efficace, ciò ha per conseguenza che essa non può mai essere violata. Infatti, nella prospettiva comportamentistica, se la norma è violata, ciò significa che essa non è valida, ovvero che non esiste come norma. Ma se non esiste come norma, deve concludersi che non v'è alcun obbligo d'osservarla, e se non v'è alcun obbligo d'osservare la norma, invero questa non potrà essere violata.

Per la teoria comportamentistica la norma è una sorta di «stimolo» ad agire, un «comando». Però, come scrive Friedrich Waismann, «è caratteristico dell'uso della parola «comando» che si possa parlare della sua

⁷⁴ Qui faccio mie idee di A. SCHRAMM, *Zur logischen Rekonstruktion des Problems der Normrechtfertigung*, in *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, a cura di W. Krawietz et al., cit., pp. 275 ss.

⁷⁵ Cfr. *ivi*, p. 274.

trasgressione. Ebbene, se si designa come comando un dispositivo che provoca un certo movimento, allora non ha senso parlare di una trasgressione del comando, e quindi la parola «comando» viene impiegata in modo improprio. Infatti, il comando di fare qualcosa è il comando di fare ciò anche nel caso in cui esso venga trasgredito. Se esso però è tale mediante la sua efficacia (*Wirkung*), allora il comando di fare qualcosa non è più tale nel caso in cui esso non provochi più quel fare. Secondo questa concezione si è in grado di sapere cosa un uomo abbia comandato ad un altro uomo solo osservando cosa quest'ultimo fa a causa del comando. Per tale concezione nessun bimbo è disubbidiente»⁷⁶.

D'altra parte, è caratteristico della norma il fatto che rispetto ad essa ci si ponga in un «atteggiamento riflessivo critico»⁷⁷. La norma cioè è assunta a criterio direttivo dei nostri *ragionamenti* riguardo alla nostra e all'altrui condotta. Come elemento tipico di una condotta regolata da norme (sociali e giuridiche) si è identificato il fatto che la condotta in questione risulta essere esposta alla critica di coloro che partecipano all'ambito d'azione all'interno del quale si dà quella certa condotta. Un indice che ci segnala che ci troviamo in presenza di una condotta diretta da norme, e non dinanzi a comportamenti singoli o a mere regolarità, ci è fornito dal fatto che tale condotta è soggetta alla critica di quanti vi partecipano o vi hanno un interesse.

Questa affermazione è stata posta in dubbio da chi ravvede in essa il pericolo di un regresso all'infinito. Se si sostiene che una condotta regolata da norme si distingue dalle mere regolarità di comportamento grazie al fatto che la prima è soggetta alla critica dei partecipanti o degli interessati, si è obbligati a precisare cosa si intenda per «critica». Questa, a sua volta, non può essere un qualunque comportamento ostile o reazione verso la condotta considerata, ma deve essere un comportamento «qualificato». Tale qualificazione dovrebbe allora ritrovarsi nel fatto che il comportamento «critico» è soggetto anch'esso a regole, e quindi a *critiche*. Ma poi per identificare queste ultime dovrebbe risalirsi ad un ulteriore comportamento «critico». E così via *ad infinitum*. Tale obiezione è bene riassunta da Eike von Savigny. «Il comportamento tenuto in osservanza di regole si distingue dal comportamento retto da mere regolarità fondamentalmente per il fatto ch'esso è esposto alla critica. Ma un comporta-

⁷⁶ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 173, trad. mia.

⁷⁷ In merito, vedi H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 56. Hart ammonisce che «dobbiamo smettere di guardare al diritto come a un mero fattore causale nel comportamento umano» (H.L.A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. di M. Jori, Comunità, Milano 1981, p. 70).

mento può essere designato come critica solo se questo a sua volta osserva certe regole; non ogni reazione negativa verso la condotta di un'altra persona rappresenta una critica. Può trattarsi anche d'uno schiaffo dato per riflesso, d'un accesso d'ira, d'una espressione di delusione, d'una manifestazione abituale di ritrosia o di qualunque altra cosa. Criticare in quanto azione segue invece, per lo meno, la regola d'essere aperti ad ulteriori argomenti. Ad ogni buon conto il comportamento tenuto in osservanza di regole può riconoscersi dunque soltanto mediante il riconoscimento previo d'un altro comportamento come condotta eseguita secondo regole, e così via *ad infinitum* »⁷⁸.

Invero, questa obiezione di Eike von Savigny è abbastanza capziosa. In realtà, la critica attraverso la quale possiamo individuare un comportamento fondato su norme, ovvero messo in atto in osservanza di certe norme, e non fortuitamente conforme ad esse, è qualunque altro comportamento che possa essere interpretato come reazione negativa rispetto alla condotta fondata su norme. La critica da sola non ci dice ancora che quella condotta è fondata su norme, costituisce soltanto un indizio di ciò. Affinché l'ipotesi secondo cui una condotta è fondata su norme indotta in noi dall'indizio rappresentato dalla «critica» sia confermata, è necessario ricorrere ad altri criteri. Sarà necessario verificare se la critica in questione è un atto di avversione puramente personale o se invece fa riferimento ad un corpo di norme, giustificandosi rispetto a queste. Dovremo ciò verificare se quella «critica» si basa su *argomenti* e non su mere reazioni emotive, e poi accertare se gli argomenti fanno riferimento a norme. Solo in quest'ultimo caso potremo concludere che, per ciò che concerne la condotta criticata, si tratta d'una azione fondata su norme. L'atto di critica cui ci si rivolge in un primo momento è però un fatto empirico osservabile e comprensibile a prescindere dal corpo di norme di cui quell'atto in qualche modo rivela la vigenza. L'atto di critica, come fatto empirico, è solo una ragione *prima facie* per affermare l'esistenza di norme. L'obiezione del «regresso ad infinito» mi pare pertanto ingiustificata.

Al fine di costituire una *ragione* giustificativa dei nostri comportamenti, la norma deve essere in grado di fornire un criterio valido per un numero tendenzialmente infinito di casi. «In der Natur der Regel liegt es, – scrive Waismann – *wiederholt* angewendet zu werden in einer unbegrenzten Zahl von Fällen»⁷⁹. Questo è detto molto bene anche da

⁷⁸ E. von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache. Eine kritische Einführung in die «Ordinary language philosophy»*, II edizione completamente riveduta, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1974, p. 274. Trad. mia.

⁷⁹ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 209. Corsivo mio.

John Searle: «Two of the marks of rule-governed as opposed to merely regular behaviour are that we generally recognize deviations from the pattern as somehow wrong or defective and that the rule unlike the past regularity automatically covers new cases. Confronted with a case he has never seen before, the agent knows what to do»⁸⁰. La norma, in quanto svolge una funzione direttiva del comportamento umano, è fondamentale-mente rivolta al futuro, regolando situazioni sempre nuove, casi simili eppure diversi da quelli per la cui soluzione ha avuto origine. La norma allora non è tanto uno «stimolo», cui segue per riflesso diretto o indiretto (condizionato), e quindi comunque in maniera *irriflessiva*, una certa condotta (la salivazione del cane di Pavlov, ad esempio, all'accendersi della luce rossa), bensì è un modello *generale* d'azione che ha bisogno, per «provocare» una certa condotta, di entrare a far parte di una nostra catena di ragionamento, la quale ci dia alla fine come conclusione la rappresentazione (e l'intenzione) dell'azione *specificata* da porre in atto.

Inoltre la teoria comportamentistica difficilmente potrebbe riuscire a dar conto dell'errore giudiziario. Se il diritto è costituito dal comportamento dei giudici, e solo da questo, non vi sarà per definizione alcun criterio per valutare la «correttezza» o la «giuridicità» di questo comportamento. Il problema della «correttezza» anzi nemmeno si pone. Non sarebbe possibile quindi, nella prospettiva della teoria comportamentistica, parlare di errori giudiziari. Ciò vale anche per la versione del verificazionismo, che risolve le norme in «previsioni» intorno alla condotta dei tribunali⁸¹.

6.6. La teoria mentalistica o psicologista della rappresentazione, per cui il significato di un enunciato dipende dalla rappresentazione mentale dell'emittente, conduce a ritenere che una norma sia valida solo allorché questa corrisponda, in qualche modo, alla volontà del soggetto produttore

⁸⁰ J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, p. 42.

⁸¹ In merito, cfr. le considerazioni critiche di D. N. MACCORMICK, *Institutional Morality and the Constitution* in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht, pp. 171 ss. A questo proposito è interessante ricordare che nella filosofia wittgensteiniana «fondamentale per la nozione di seguire una regola è l'idea della sua inseparabilità logica dalla nozione di fare un errore. Se ha senso dire che una certa persona sta seguendo una regola, questo significa che si può anche chiedere se ciò che sta facendo lo sta facendo correttamente o meno» (D.L. PHILLIPS, *Wittgenstein e la conoscenza scientifica*, trad. it. di A. La Porta, Il Mulino, Bologna 1981, p. 68, corsivo nel testo).

della norma⁸². Anche qui la norma tende ad essere identificata con una prescrizione o un comando. Ma anche il «comando», come lo «stimolo», a differenza della norma, esaurisce la propria efficacia solo riguardo a contesti specifici, a situazioni concrete, così che risulterà esclusa una loro tipizzazione da parte dei comandi medesimi. I comandi, come gli «stimoli», possono dirigersi solo a soggetti determinati, così che dovrebbe escludersi che le norme – una volta concepite come comandi – possano indirizzarsi a *generalità* indeterminate di soggetti. I comandi agiscono insomma in modo *interpersonale*, tra soggetti identificati o identificabili; lo stesso non può dirsi delle norme. Come nota Waismann, «un comando presuppone necessariamente un soggetto che dia il comando, una regola no»⁸³. La teoria mentalistica è poi particolarmente insoddisfacente in sede di interpretazione della norma.

Se il significato della norma dipende dalla rappresentazione mentale del legislatore, e la sua validità dalla volontà di questo, l'attività dell'interprete dovrà consistere nell'accertamento della volontà storica del legislatore. Ciò però pone una serie di problemi di difficile soluzione.

E' difficilissimo innanzitutto accertare la volontà «storica» del legislatore. E ciò per almeno due ragioni. (i) Non si hanno strumenti per conoscere con sicurezza l'effettiva volontà psicologica di un soggetto. (ii) Il legislatore è in verità spesso non un soggetto fisico, bensì una *istituzione* (il parlamento, il comitato centrale, il consiglio di amministrazione, ecc.), a cui non può propriamente attribuirsi una volontà in senso psicologico⁸⁴.

Le norme poi hanno una durata nel tempo che va spesso molto oltre il momento della loro emanazione. Esse servono ad orientare la condotta dei soggetti in situazioni molto diverse da quelle presenti al tempo della loro emanazione. Interpretare le norme con riferimento alla volontà «storica» del legislatore significherebbe limitare l'ambito di operatività delle norme a certe situazioni, impedendo che esse possano invece estendere la loro efficacia a situazioni e rapporti *nuovi*. Una interpretazione «storica» delle norme ha spesso quindi il grave difetto di risultare spesso del tutto inadeguata rispetto ai problemi che essa è chiamata a risolvere⁸⁵.

⁸² La concezione della norma come «dichiarazione di volontà» conduce spesso alla riduzione dell'enunciato normativo ad un enunciato descrittivo: in merito, cfr. R.M. HARE, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford 1986, pp. 5 ss.

⁸³ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 209. Trad. mia.

⁸⁴ Cfr. K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen 1939, pp. 35 ss.

⁸⁵ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto di diritto*, III ed., Giuffrè, Milano 1988, pp. 241 ss.

Un'interpretazione fondata sul senso attribuito all'enunciato solo dall'emittente o solo dal fruitore, vale a dire centrata sull'*intenzione* o volontà di questi signori, conduce a conseguenze inaccettabili tanto nel caso della legge quanto, e forse ancor più, nel caso del contratto. Nel caso della legge, se si dovesse ascrivere a questa il senso attribuitole originariamente dal legislatore, risulterebbe poco plausibile qualunque interpretazione estensiva, analogica o evolutiva (prescindendo pure dalle difficoltà quasi insuperabili che si frappongono all'accertamento dell'effettiva volontà dei soggetti che possono farsi rientrare nella denotazione del termine «legislatore»). Se si ritenesse invece che la legge va interpretata secondo quanto d'essa è recepito dal fruitore o destinatario, ovvero secondo il senso che questo le attribuisce, difficilmente potrebbe giustificarsi il principio «ignorantia legis non excusat», il quale è generalmente accolto dagli ordinamenti giuridici moderni. Inoltre, l'accertamento della violazione della norma, e dunque la responsabilità per essa, dipenderebbe in maniera rilevante dalla volontà dell'individuo soggetto all'osservanza della norma. Una conseguenza, questa, che vanificherebbe la funzione stessa del diritto: quella di indirizzare i comportamenti dei consociati al di là del, e perfino contro il, permanente consenso dei singoli rispetto al contenuto della norma.

Nel caso del contratto le conseguenze negative di una concezione soggettivistica (tanto dal lato dell'emittente quanto da quello del fruitore) dell'interpretazione sono state messe in luce da innumerevoli generazioni di giuristi. Valga per tutti quanto scriveva in proposito Karl Anton von Martini: «Innanzitutto va qui osservato che l'interpretazione non può farsi né interamente secondo la volontà del parlante né interamente secondo la volontà dell'ascoltatore. Giacché, se dipendesse da loro dare alle parole una qualsivoglia interpretazione, accadrebbe che ora il promittente vorrebbe eseguire una prestazione inferiore a quella effettivamente promessa, ora il promissario si attribuirebbe dei diritti maggiori di quelli che gli sono stati trasferiti»⁸⁶.

7. Una teoria «istituzionalistica» del linguaggio

7.1. La teoria del significato che a mio parere rende meglio conto del fenomeno linguistico è quella cosiddetta dell'«uso». Come è noto, questa teoria è stata sviluppata da Ludwig Wittgenstein dopo che questi aveva

⁸⁶ K.A. von MARTINI, *Lehrbegriff des Naturrechts*, Mößle, Wien 1799, pp. 235-236. Trad. mia.

rinnegato le posizioni in merito sostenute nel *Tractatus logico-philosophicus* e difese fino alle soglie degli anni Trenta⁸⁷. «The meaning of a phrase for us – sostiene il filosofo viennese – is characterized by the use we make of it»⁸⁸. La teoria dell'«uso» però, fors'anche per lo stile aforismatico adottato dal pensatore austriaco per esporre le sue idee, risulta un po' oscura, ed è stata – io credo – talvolta fraintesa⁸⁹.

Un punto è, a mio avviso, importante sottolineare. L'«uso» cui si riferisce Wittgenstein, quando pone questo a fondamento dei significati linguistici, non è un'«abitudine» pura e semplice, la ripetizione meccanica di una certa condotta, bensì è simile a una «consuetudine» in senso giuridico, cioè la ripetizione di una condotta compiuta con la consapevolezza (là dove sul senso di questa condotta ci si interroghi o si venga interrogati) della sua «doverosità» (*l'opinio iuris* della dottrina giuridica). L'«uso» linguistico, nel senso di Wittgenstein, si fonda non su «regolarità», ma su «regole».

L'uso cui fa riferimento Wittgenstein deve possedere tre requisiti fondamentali: (i) deve essere continuato nel tempo, ripetuto e consolidato, deve trattarsi cioè di «ständiger Gebrauch»⁹⁰; (ii) deve essere un'attività umana collettiva, una «gemeinsame menschliche Handlungsweise»⁹¹; (iii) deve essere infine retto da norme, non tanto nel senso che la condotta in questione possa farsi accordare con queste, bensì nel senso che essa le presuppone⁹², ovvero che queste norme costituiscono una condizione di eseguibilità della condotta.

L'interpretazione «normativistica» della teoria del significato come «uso» di Wittgenstein è accolta, tra gli altri, da uno dei più accreditati logici e filosofi del linguaggio tedeschi, Franz von Kutschera. «Per «uso» – scrive questi – non è intesa una *quantità di singoli usi*, bensì la *maniera dell'uso*. Questa maniera è determinata da regole generali d'uso, che ci dicono in quali casi va usata quella certa parola»⁹³. Allora, se si vuole

⁸⁷ Vedi ad esempio *Wittgenstein und der Wiener Kreis*, colloqui trascritti da F. Waismann, cit., pp. 47-48.

⁸⁸ L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 65; vedi anche ivi, p. 69: «The use of a word in practice is its meaning» (corsivo nel testo).

⁸⁹ In merito, cfr. le considerazioni di V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 303 ss.

⁹⁰ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, p. 126 (§ 198).

⁹¹ Ivi, p. 129 (§ 206).

⁹² Vedi L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 13.

⁹³ F. von KUTSCHERA, *Sprachphilosophie*, II ed., Fink, München 1975, p. 141. Corsivo nel testo, trad. mia. *Contra*, però, G.P. BAKER, P.M.S. HACKER,

far coincidere il significato di un termine col suo uso – aggiunge von Kutschera –, bisogna indicare le regole per l'uso *corretto* di quello. Così von Kutschera distingue tra il significato di un'espressione linguistica e il significato dell'enunciazione di questa. Mentre il primo tipo di significato risulta dalle regole che determinano l'«uso» dell'espressione linguistica, il secondo tipo di significato risulta da quelle regole più il contesto pragmatico in cui l'enunciazione è fatta. Un esempio di tale differenza (che ritroviamo anche significativamente nell'opera di Ota Weinberger⁹⁴) è l'espressione linguistica «piove», la quale ha (i) un significato come tale (determinato dalle regole del suo «uso»), e (ii) un significato come enunciazione in un certo contesto pragmatico: essa può servire come avvertimento o ammonizione (per suggerire di non uscire senza ombrello, per esempio) o come richiesta d'azione (per suggerire di chiudere la finestra, ad esempio)⁹⁵.

Il concetto di «uso» (e quello di significato che vi è connesso) sono legati intimamente, nel pensiero del «secondo» Wittgenstein, a due altri concetti: «gioco linguistico» e «forma di vita». L'uso di un segno che ne determina il significato non è – per Wittgenstein – l'uso meramente individuale, bensì quell'uso che fa parte di un «gioco linguistico», ovvero di un certo «linguaggio»⁹⁶. Non ogni uso di un segno quindi attribuisce a questo un «significato», ma solo quell'uso che si svolge entro un «gioco linguistico». D'altra parte, non ogni uso individuale di un segno, termine o enunciato, costituisce un «gioco linguistico». Ciò perché – secondo Wittgenstein – il «gioco linguistico» è (i) retto da regole, cioè da direttive *intersoggettive* di comportamento, e (ii) è espressione di una «forma di vita», vale a dire di una certa prassi comunitaria. Non posso essere d'accordo, pertanto, con chi sostiene che per Wittgenstein un'espressione linguistica «ha significato solo nell'uso che se ne fa, e anzi solo nell'uso che se ne fa entro un enunciato, e anzi solo l'uso che se ne fa *entro la*

Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity, Blackwell, Oxford 1986, i quali interpretano il concetto di «rule» in Wittgenstein come «regolarità» svincolata da qualunque uso comunitario. Per una critica delle tesi di Baker e Hacker, cfr. N. MALCOM, *Wittgenstein on Language and Rules*, in «Philosophy», 1989, pp. 5-28.

94 Vedi O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

95 Vedi F. von KUTSCHERA, *op. ult. cit.*, pp. 143 ss. Cfr. A. J. AYER, *Freedom and Morality and Other Essays*, Clarendon, Oxford 1985, p. 24.

96 E' interessante notare, a questo proposito, che Karl Bühler distingue tra un «momento occasionale» e un «momento usuale» del significato linguistico, attribuendo a quest'ultimo la qualità di fondamento del dizionario e della grammatica di una lingua: vedi K. BÜHLER, *Die Krise der Psychologie*, cit., pp. 124-125.

concreta enunciazione di un enunciato come mossa atomica del gioco linguistico»⁹⁷.

Per determinare il significato delle espressioni linguistiche Wittgenstein risale al loro uso tipico e quindi al «gioco linguistico» cui quell'uso appartiene. Il significato di un segno è definito come il ruolo che questo segno svolge all'interno di un certo gioco linguistico⁹⁸. Così il «non-senso» ha origine dal fatto che un segno sia usato al di fuori del «gioco linguistico» che gli è proprio, cioè in violazione delle regole che reggono quel gioco.

La teoria del significato come «uso» insomma è una teoria *normativistica*, nel senso che essa connette il significato delle espressioni linguistiche all'osservanza di certe norme e regole, e la comprensione del significato alla conoscenza delle regole in questione. Senza regole le parole e gli enunciati non hanno alcun significato, e, se cambiano le regole, parole ed enunciati o perdono il loro significato oppure ne assumono uno nuovo⁹⁹. D'altra parte, la teoria dell'«uso» è una teoria *istituzionalistica*, giacché le regole che secondo tale teoria guidano l'uso linguistico sono espressione di una realtà sociale organizzata o istituzionalizzata, di una «forma di vita» ovvero di un'«istituzione». Wittgenstein a questo proposito parla espressamente di «istituzione»: «Ein Spiel, eine Sprache, eine Regel ist eine Institution»¹⁰⁰. «Es kann nicht – scrive in un notissimo passaggio – ein einziges Mal nur ein Mensch einer Regel gefolgt sein. Es kann nicht ein einziges Mal nur eine Mitteilung gemacht, ein Befehl gegeben, oder verstanden worden sein, etc. – Einer Regel folgen, eine Mitteilung machen, einen Befehl geben, eine Schachpartie spielen sind *Gepflogenheiten* (Gebräuche, Institutionen)»¹⁰¹. Come si vede, qui il termine «uso» è impiegato come sinonimo di «istituzione».

Secondo Wittgenstein le regole da sole non bastano a determinare il significato delle espressioni linguistiche. Le regole vanno ricondotte –

⁹⁷ M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p. 144. Corsivo mio.

⁹⁸ Vedi L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p. 46 (I, § 49), p. 146 (I, § 261).

⁹⁹ Vedi L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 184 (§ 133).

¹⁰⁰ L. WITTGENSTEIN, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, p. 334.

¹⁰¹ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p. 127 (I, § 199). Corsivo nel testo. D'altra parte, *credere di seguire una regola non equivale*, secondo Wittgenstein, a *seguire una regola* (in merito, cfr. J. SCHULTE, *Wittgenstein. Eine Einführung*, Reclam, Stuttgart 1989, p. 161). Vedi *infra* 7.3.

affinché si intenda il significato degli «usi» che esse reggono – alla «forma di vita» di cui sono espressione. E' la «forma di vita» la fonte originaria di «senso». Il linguaggio, per il filosofo austriaco, non è uno «strumento» a qualche fine (sia pure al fine della comunicazione), bensì è fine a se stesso come fenomeno culturale. In questa prospettiva – nota Anthony Kenny – «il linguaggio non può essere visto, nel suo complesso, come un mezzo per qualche fine extralinguistico; non può ritenersi che la «comunicazione di idee» costituisca come tale un fine, poiché vi sono tante idee che senza linguaggio non possono neppure essere pensate»¹⁰².

7.2. Come ha notato Eike von Savigny¹⁰³, la teoria del significato come uso è carica di una notevole dose di ambiguità e indeterminatezza. Ciò in parte si deve al suo carattere eminentemente critico e polemico: essa è, come è noto, diretta innanzitutto contro la filosofia del linguaggio espressa dal «primo» Wittgenstein nel celeberrimo *Tractatus*. Con la teoria dell'uso il filosofo austriaco avvia insomma una resa dei conti con se stesso. Tale ambiguità, ovviamente, si presta ad alimentare le più svariate interpretazioni di questa teoria, e i più eccentrici fraintendimenti d'essa. In particolare, la teoria dell'uso è spesso vista come una concezione strumentalistica, vale a dire individualistica, comportamentistica e pragmatica, del linguaggio.

Se si accoglie l'interpretazione strumentalistica della teoria dell'uso, allora «per Wittgenstein – come scrive Eike von Savigny – un'espressione ha significato se e in quanto con il suo uso venga raggiunto un certo sco-

¹⁰² A. KENNY, *Wittgenstein*, Penguin, Harmondsworth 1976, p.168, trad. mia. Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., pp. 184 ss (§§ 133 ss.). «Notice that all these theories which I have sketched - Frege, the *Tractatus*, logical positivism - have certain characteristics in common. They all assume that the only, at any rate the primary, aim of language is to represent and communicate factual information, that the part of language that really counts is the 'cognitive' part. The aim of language, in short, is to communicate what can be true or false [...]. In the late thirties and especially after the Second World War these assumptions came to be vigorously challenged, especially by Wittgenstein. Wittgenstein argued that stating facts is only one of the countless jobs we do with language» (J.R. SEARLE, *Introduction*, in *The Philosophy of Language*, a cura di J.R. Searle, Oxford University Press, Oxford 1971, p. 6).

La «gratuità» del linguaggio, e il legame di questo non tanto col fenomeno della «comunicazione» quanto con quello dell'«ideazione», è affermato sulla scorta di argomenti assai convincenti da S.K. LANGER, *Philosophy in a New Key*, seconda ristampa della terza edizione, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1960, pp.109 ss. Che la comunicazione non sia la funzione esclusiva o necessaria del linguaggio è una tesi sostenuta anche da Noam Chomsky.

¹⁰³ Vedi E. von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache. Eine kritische Einführung in die «ordinary language philosophy»*, Suhrkamp, Frankfurt 1969, pp. 76-77.

po; e lo scopo raggiunto fissa il significato. Ad esempio «chiudi la porta!» è il comando di chiudere la porta perchè lo si pronuncia con l'intenzione di far chiudere la porta, e perchè con esso si consegue effettivamente il proprio scopo. In contrapposizione a ciò la nostra interpretazione sostiene che l'espressione ha il suo significato perchè il chiudere la porta viene sanzionato come la condotta appropriata rispetto all'espressione da tutti i parlanti la lingua a prescindere dal fatto che colui che ha pronunciato l'espressione avesse inteso con essa quella condotta»¹⁰⁴.

Savigny dunque ritiene che il significato di un'espressione linguistica sia non lo scopo (individuale) che con essa si intenderebbe conseguire, bensì quella condotta che è ritenuta appropriata rispetto all'espressione da parte dei membri della comunità linguistica. La proposta di Savigny ha però il difetto di ricadere nel comportamentismo. Per lo studioso tedesco il significato, pur non essendo una «risposta» causalmente determinata dallo «stimolo» costituito dall'espressione linguistica, è pur sempre quella che è ritenuta essere la *reazione* corretta rispetto all'espressione. Il significato qui è pur sempre un *comportamento*, che questa volta non discende dall'espressione linguistica per via diretta o causale (o, se si vuole, in ragione di una relazione tra due soggetti, tra l'emittente e il fruitore dell'espressione). Esso è piuttosto il prodotto di un doppio processo di condizionamento sociale. Innanzitutto il significato ha origine dalla *convinzione* nutrita dalla comunità per cui quel certo comportamento sarebbe quello che correttamente «corrisponde» all'espressione linguistica. Inoltre, sarebbe necessaria la «sanzione» della comunità (la pressione sociale esercitata sui singoli parlanti) di modo che quel certo comportamento sia considerato quello che *deve* corrispondere all'espressione linguistica.

Orbene, a prescindere dai molti problemi comuni alle teorie comportamentistiche che qui ovviamente si ripresentano, la debolezza più evidente della proposta di Savigny è che essa tace sul suo punto cruciale: quello della «corrispondenza» tra un'espressione linguistica e una condotta. Come può affermarsi o negarsi che una condotta «corrisponda» a un'espressione linguistica? Non v'è forse bisogno, per una tale affermazione o negazione, di presupporre una qualche qualità rappresentativa, un qualche elemento semantico, che possa trarsi dall'espressione linguistica, e che possa costituire il criterio principale della «corrispondenza». L'unica altra via per accertare la «corrispondenza» tra espressione linguistica e condotta è quella che si fonda su un'ipotesi causalistica, per cui una condotta «corrisponde» a una espressione allorché quest'ultima è condi-

¹⁰⁴ Ivi, p. 77. Trad. mia.

zione solo sufficiente, o necessaria e sufficiente, della condotta. Ma questa via è esclusa da Savigny, ed è – come si è visto – ancora più carica di problemi della proposta comportamentistica moderata di Savigny. Non resta quindi che battere la via di una definizione in termini *anche* semantici (rappresentativi) del significato.

Il problema della «corrispondenza» tra espressione linguistica e un certo comportamento (che ne costituirebbe infine il significato) ci rimanda alla questione più generale dell'*osservanza* di una regola o norma. Si potrebbe dire che una norma è osservata quando l'atto normativo riesce a «provocare» o «causare» la condotta del destinatario. Una tale opinione presuppone una concezione della norma per l'appunto come *atto* (normativo), vale a dire o come stimolo ad agire oppure come «atto linguistico». Secondo una versione più moderata di questa stessa concezione si potrebbe affermare che una norma è osservata quando riesce non tanto a provocare causalmente in modo forte (secondo lo schema stimolo/risposta) quanto a *motivare* la condotta del destinatario. «Ma di sicuro – nota Kazimierz Opalek –, vi sono numerosi casi in cui la condotta di «soddisfazione» o di «non soddisfazione» dell'atto normativo non è affatto motivata da quest'ultimo. Quali che siano i motivi del destinatario, la sua condotta può dirsi di «soddisfazione» o di «non soddisfazione» dell'atto direttivo. Confrontando semplicemente l'atto normativo e una certa condotta si può dire che la seconda «soddisfa» il primo, o no»¹⁰⁵.

Nondimeno, mediante un semplice confronto tra l'atto normativo e la condotta data non è poi così facile accertare se la norma sia stata osservata, soprattutto se si mantiene l'idea di norma per l'appunto come «atto» o come «performativo», e non come, in qualche senso, entità *semantica*. Come potrebbe darsi un «confronto» tra un atto ed un altro atto, tra una condotta insomma e un'altra condotta, tale da consentirci di poter definire l'atto o la condotta successiva, una «realizzazione» o un «adempimento» dell'atto o condotta precedente? Perchè un «confronto» e dunque un'eventuale «corrispondenza» (o «realizzazione» o «adempimento») siano possibili, come bene faceva notare Uberto Scarpelli nel suo *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*¹⁰⁶, è necessario avere come termini del confronto da un lato una classe di stati di cose o eventi in qualche modo evocata o rappresentata dalla norma, e d'altro lato una condotta con-

¹⁰⁵ K. OPALEK, *Norm and Conduct. The Problem of the «Fulfillment» of the Norm*, in *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale* (Bruxelles, 30 Août - 3 Septembre 1971), a cura di H. Hubien, Bruylant, Bruxelles 1971, p. 113. Trad. mia.

¹⁰⁶ Seconda edizione, a cura di A. Pintore, cit.

creta che possa eventualmente sussumersi entro la classe di eventi rappresentata e prescritta o qualificata dalla norma in questione. Questa osservazione, che mi pare difficilmente controvertibile, non può non influire sull'adozione della teoria del significato più adeguata a dar conto del fenomeno normativo. L'insegnamento che può trarsi da quella osservazione è che per spiegare la semantica e il funzionamento delle norme come ragioni o motivi per agire non è sufficiente una teoria dell'uso. E' necessario che quest'ultima includa, in qualche modo e senso, o prenda in considerazione, anche l'elemento *rappresentativo* degli enunciati normativi nel quale sono esprimibili regole e norme d'ogni genere.¹⁰⁷

L'«uso» della teoria wittgensteiniana comunque non è un fatto meramente arbitrario, del tutto soggettivo (da parte dell'emittente e/o da parte del fruitore dell'enunciato linguistico), come ad esempio finisce per sostenere chi nell'uso vede solo l'«uso individuale» e addirittura sottolinea l'elemento «intenzionale». Né l'uso è secondo Wittgenstein un fatto fondato completamente su regole convenzionali. L'«uso» è qui elemento di un *contesto*, vale a dire, come si è visto, di un programma o d'una forma di vita. «Ist denn die Bedeutung – si domanda Wittgenstein – wirklich nur der Gebrauch des Wortes? Ist sie nicht die Art, wie dieser Gebrauch in das Leben eingreift? Ist denn sein Gebrauch nicht Teil unseres Lebens?»¹⁰⁸. E risponde: «Nun die Sprache greift ja auch in mein Leben ein. Und was «Sprache» heißt ist ein Wesen bestehend aus heterogenen Teilen und die Art und Weise wie sie eingreift unendlich mannigfach»¹⁰⁹.

7.3. Se si accoglie la teoria del linguaggio come «uso» nell'accezione wittgensteiniana – sia pure con le riserve appena accennate – si è in qualche modo impegnati a una teoria istituzionalistica anzitutto del linguaggio e poi in generale dei fenomeni normativi (e quindi anche del diritto). L'«uso» di cui parla Wittgenstein può bene ridefinirsi come «istituzione» nel senso di un complesso di azioni rese possibili da regole. Questa concezione ci permette di mantenere una distinzione fondamentale per inten-

¹⁰⁷ Rimane qui impregiudicata la questione se le norme, per la loro osservanza, richiedano anche – come afferma qualcuno (vedi, per esempio, G. J. WARNOCK, *The Object of Morality*, Methuen, London 1971, pp. 35-36) – l'intenzione di osservarle. In merito, si legga il paragrafo sesto del capitolo seguente.

¹⁰⁸ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 65 (§ 29). Cfr. J. HABERMAS, *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, in ID., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 73.

¹⁰⁹ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 66 (§ 29).

dere la dinamica dei fenomeni normativi, specialmente di quelli giuridici: la distinzione tra validità ed efficacia della norma in particolare. La validità della norma qui non si risolve nella sua efficacia, così che l'osservazione empirica di una regolarità di condotta non ci dice ancora nulla sulla norma che (eventualmente) regge, o è «implicita» (*involved*, direbbe Wittgenstein¹¹⁰) in, quella serie di condotte. «Daß eine Regel befolgt wird – scrive Waismann –, davon kann man sich nur durch die wirkliche Beobachtung der Bewegungen im Spiel überzeugen. Die Geltung der Regel ist von solchen Beobachtungen unabhängig»¹¹¹.

Per Wittgenstein l'esistenza di una regola non dipende dal suo «riconoscimento» da parte del soggetto o dalla maggioranza dei soggetti. «Und heißt das nun etwa, die Definition von «Gleich» wäre die: Gleich sei was alle oder die meisten Menschen übereinstimmend so ansehen? – Freilich nicht»¹¹². Né l'esistenza di una regola può ridursi alla *convinzione* che questa esista, così come seguire una regola non coincide perfettamente con la convinzione di seguirla. «Vergleiche: «Wenn du sagst: «Ich glaube, daß das Rochieren so und so geschieht», so glaubst du nicht die Schachregel, sondern du glaubst etwa, daß *so* eine Regel des Schachs lautet»»¹¹³.

Per Wittgenstein la regola non esiste indipendentemente dalla prassi in cui essa è osservata. «Ja, der Ausdruck der Regel und sein Sinn ist nur ein Teil des Sprachspiels: der Regel folgen. Man kann mit dem *gleichen* Recht allgemein von solchen Regeln sprechen, wie von den Tätigkeiten, ihnen zu folgen»¹¹⁴. «Die Regel ist als Regel losgelöst, steht, sozusagen, selbstherrlich da; obschon was ihr Wichtigkeit gibt, die Tatsachen der täglichen Erfahrung sind»¹¹⁵. Il concetto stesso dunque di «osservanza della regola» implica l'idea di *prassi*¹¹⁶.

Vi è inoltre più di una somiglianza tra la filosofia del linguaggio di Wittgenstein e la teoria istituzionalistica «classica», in particolare quella

¹¹⁰ Vedi L. WITTGENSTEIN, *The Blue Book*, cit., p. 13, dove si distingue tra «essere in accordo con una regola» (*being in accordance with a rule*) e «presupporre una regola» (*involving a rule*).

¹¹¹ F. WAISMANN, *Logik, Sprache, Philosophie*, cit., p. 211.

¹¹² L. WITTGENSTEIN, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, cit., p. 406.

¹¹³ Ivi, p. 78, corsivo nel testo.

¹¹⁴ Ivi, p. 409, corsivo nel testo.

¹¹⁵ Ivi, p. 357.

¹¹⁶ «Der Begriff des Regelfolgens ist untrennbar mit dem Gedanken der Einübung in eine praktische Handlungsweise» (J. SCHULTE, *Wittgenstein. Eine Einführung*, cit., p. 161).

di Santi Romano. Si ricordi in proposito il paragone stabilito da Romano tra «società» e «giochi» («la società essendo come un gioco che non può esistere senza regole»¹¹⁷) e la concezione del fenomeno giuridico e di quello linguistico come omologhi in quanto entrambi fatti (i) normativi, (ii) umani, e tuttavia (iii) involontari. («Consuetudine e lingua parlata – scrive Romano –, in quanto hanno cominciamento con la formazione e la stabilizzazione delle pratiche non sono in sé e per sé che dei fatti: «fatti normativi» entrambi, dai quali «oritur ius» e rispettivamente il complesso delle regole cui obbedisce il linguaggio»¹¹⁸).

D'altra parte, non è un caso che uno dei teorici neoistituzionalisti del diritto, Ota Weinberger, adotti espressamente la teoria del significato come «uso». «Ciò che gli enunciati del linguaggio ordinario significano dipende – scrive questo studioso – dal modo in cui essi vengono intesi da coloro che usano il linguaggio»¹¹⁹. Weinberger pone esplicitamente un collegamento tra la sua teoria istituzionalistica e la concezione del linguaggio sviluppata dal «secondo» Wittgenstein. Ciò, in particolare, allorché lo studioso ceco nota che tanto le norme giuridiche quanto le regole del linguaggio ordinario non sono sempre espressamente formulate, e sottolinea che sia le une che le altre hanno carattere in senso lato costitutivo¹²⁰. Va ricordato anche a questo proposito che lo studioso ceco rigetta la teoria referenziale del significato, giacché questa ha rispetto agli

¹¹⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, III ed., Sansoni, Firenze 1977, p. 125. Sulla genesi di quest'opera, cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, ora in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano 1974, pp. 21 ss.

¹¹⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, II ed., Giuffrè, Milano 1983, p. 45. L'analogia tra «istituzione» e linguaggio si ritrova anche nell'opera di un altro «istituzionalista» italiano, Widar Cesarini Sforza: vedi W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, III ed., Giuffrè, Milano 1958, p. 38, e cfr. A. BARATTA, *Presentazione*, in M. HAURIU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1967, p. XIX. «There are important formal analogies between language and other social institutions» – scrive un «wittgensteiniano» della fatta di Peter Winch (P. WINCH, *Nature and Convention*, ora in ID., *Ethics and Action*, Routledge & Kegan Paul, London 1972, p. 70).

¹¹⁹ O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, ora in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987, p. 124. Vedi anche CH. WEINBERGER, O. WEINBERGER, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Beck, München 1979, pp. 161-162. Qui viene sottolineata l'importanza della teoria del significato come «uso» per quanti studiano i linguaggi cosiddetti «pratici» (morale, diritto, ecc.).

¹²⁰ Vedi O. WEINBERGER, *Institutionentheorie und institutionalistischer Rechtspositivismus*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., p. 176. Non si capisce pertanto il perché della decisa critica di Weinberger alla teoria delle regole costitutive come regole distinte da quelle regolative (prescrittive).

enunciati normativi due esiti entrambi inaccettabili: (i) da un lato privarli di ogni senso; (ii) oppure d'altro lato presupporre – alla Meinong – una serie di «entità» che corrispondano a quegli enunciati¹²¹. La norma così – per Weinberger – non è un oggetto a sé stante, «il quale possa essere riconosciuto (*erkannt*), bensì sempre una costruzione ideale la quale può essere compresa (*erfaßt*) solo in via ermeneutica (*verstehend*)»¹²². Weinberger inoltre rigetta le teorie del significato che conducono a ritenere che un enunciato possa assumere due diversi significati a seconda che sia analizzato dal lato dell'emittente o dal lato del fruitore. Il significato di un enunciato – per lo studioso ceco – deve essere concepito come un'entità unitaria (vale a dire come il medesimo tanto per l'emittente che per il fruitore)¹²³.

8. Il concetto di diritto. Prime conclusioni

Dalle riflessioni del «secondo» Wittgenstein si possono ricavare, una volta che si accetti la teoria «istituzionalistica» del linguaggio, alcune prime conclusioni sul concetto di diritto. Nella teoria del diritto incontriamo generalmente quattro principali concezioni del diritto.

(i) La prima è quella volontaristica secondo cui il diritto è essenzialmente una somma di comandi o di volontà. Questa concezione trova corrispondenza per un lato nella teoria del significato come «rappresentazione» e per altro verso nella teoria causalistica del significato. Essa potrebbe anche trovare giustificazione in una concezione «intenzionalistica» del significato, secondo cui il significato di un enunciato risiede fondamentalmente nella «intenzione» dell'emittente, ovvero in ciò che questo vuole o intende che quel certo enunciato significhi.

(ii) La seconda più diffusa concezione del diritto è quella normativistica «pura», per la quale il diritto è una serie di norme intese come meri enunciati semantici. Anche questa concezione trova corrispondenza nella teoria semantica della «rappresentazione». Talvolta, inoltre, essa può rinviare a una teoria «referenziale», là dove le norme siano concepite

¹²¹ Vedi O. WEINBERGER, *Soziologie und normative Institutionentheorie. Überlegungen zu Helmut Schelskys Institutionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionenontologie*, ora in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., p. 187.

¹²² Ivi, p. 188.

¹²³ Vedi ad esempio O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, cit.

come entità ontologicamente indipendenti. In tal caso si parla di «platonismo normativo» ovvero di *Regelplatonismus*¹²⁴.

(iii) La terza più comune concezione del diritto è quella che vede i fenomeni giuridici come fatti retti da regolarità, da ripetizioni regolari di comportamenti. La validità del diritto è qui interamente consegnata alla sua efficacia. Una tale concezione trova ovviamente corrispondenza per un verso nella teoria causalistica e d'altro verso nella teoria verificazionistica del significato.

(iv) Infine, vi è una quarta diffusa concezione del diritto, che si può definire come la concezione «sociologica» del diritto, per la quale i fenomeni giuridici sono una variante dei fatti naturali, un elemento della realtà naturale, un «sistema» tra «sistemi» comunque retto da leggi che rimangono quelle causali dei fenomeni naturali. Tale concezione è molto vicina alla concezione del diritto come «regolarità», ma si distingue da questa per un maggiore accento sui rapporti funzionali tra il diritto ed altre parti del sistema sociale. Questa concezione trova corrispondenza anch'essa nella teoria causalistica del significato.

Orbene, se si accetta la teoria «istituzionalistica» del linguaggio proposta dal «secondo» Wittgenstein con le molte connesse riflessioni sul concetto di «regola», tutte e quattro le concezioni sopra menzionate devono respingersi.

¹²⁴ Cfr. A. KEMMERLING, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins*, cit., e vedi *supra* 6.3.

confronto con la concezione sociologica del diritto, per la quale il diritto è un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale. La concezione sociologica del diritto, che ha il suo fondamento nella sociologia, considera il diritto come un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale. La concezione sociologica del diritto, che ha il suo fondamento nella sociologia, considera il diritto come un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale.

Orbene, se si accetta la teoria «sociologica» del linguaggio proprio al «diritto», si deve riconoscere che il diritto è un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale. La concezione sociologica del diritto, che ha il suo fondamento nella sociologia, considera il diritto come un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale.

La concezione sociologica del diritto, che ha il suo fondamento nella sociologia, considera il diritto come un fenomeno sociale, un fatto che si forma e si evolve nel corso della storia, e che è determinato dalle condizioni materiali della vita sociale.

121) Vgl. O. WILHELM, *Die Soziologie des Rechts*, Berlin, 1911, S. 10. — O. WILHELM, *Die Soziologie des Rechts*, Berlin, 1911, S. 10.

122) Vgl. O. WILHELM, *Die Soziologie des Rechts*, Berlin, 1911, S. 10. — O. WILHELM, *Die Soziologie des Rechts*, Berlin, 1911, S. 10.

Capitolo secondo

Il diritto come istituzione

Sommario : 1. Premessa – 2. La teoria del diritto di Santi Romano – 3. Istituzionalismo vecchio e nuovo. Santi Romano a confronto con Neil MacCormick e Ota Weinberger – 4. Il concetto di «istituzione». Una proposta – 5. Forza vincolante e obbligatorietà delle norme – 6. Istituzioni e intenzionalità. Il problema dell'identità sociale dei soggetti – 7. Specifico carattere delle norme giuridiche

1. Premessa

Una volta analizzate, seppure in maniera forse troppo rapida, alcune delle maggiori teorie del significato, e dopo essere giunti a collegare una certa teoria del significato (quella cosiddetta dell'«uso») e una certa prospettiva di analisi dei fenomeni sociali e giuridici (quella «istituzionalistica»), si tratta ora di rivolgersi ad una considerazione più accurata di tale prospettiva. Nel capitolo precedente si è cercato di dimostrare, in primo luogo, che l'approccio istituzionalistico trova una sua giustificazione a partire dall'analisi dei fenomeni normativi in senso lato, dei fenomeni cioè che si esprimono in, o sono retti da, regole. Vi è un intreccio inestricabile tra linguaggio, comportamenti sociali e regole che la prospettiva istituzionalistica contribuisce quanto a meno a identificare in modo abbastanza netto. Ma quest'intreccio non è rilevante soltanto per l'analisi del linguaggio ma anche e soprattutto per lo studio del diritto.

In secondo luogo, nel capitolo precedente, si è tentato di mostrare che un'impostazione filosofica analitica «liberale», attenta ai problemi dell'analisi del linguaggio e orientata (*cum grano salis*) dalla *Weltanschauung* positivista neoempiristica, non conduce necessariamente, nel campo della teoria del diritto, al prescrittivismismo o al realismo riduzionistico. Tra «analytical philosophy» e «analytical jurisprudence» (à la *Bentham*, o à la *Austin* per intenderci) non vi è più che un'assonanza terminologica. Né la filosofia analitica intesa in senso liberale, e con l'apporto dell'approccio «istituzionalistico» in teoria del significato inaugurato dal «secondo»

Wittgenstein, deve sfociare irrimediabilmente nella metaetica prescrittivistica (*à la Hare*), la quale – come è noto – è stata utilizzata per una riforma interna della dottrina imperativistica e giuspositivistica. Dai «comandi» di Bentham e Austin, alle «prescrizioni» o «precetti» di Hare, Ross e Scarpelli il passo è tutt'altro che più lungo della gamba. D'altra parte, si può rimanere noncognitivistici senza dover necessariamente abbracciare una teoria prescrittivistica dei giudizi di valore e delle norme. Si può ad esempio plausibilmente ritenere che la classe degli enunciati normativi sia più ampia della classe degli enunciati imperativi o prescrittivi (si pensi solo alle norme che invece di imporre obblighi attribuiscono *poteri*).

2. La teoria del diritto di Santi Romano

2.1. Come è noto, la teoria istituzionalistica del diritto ha i suoi documenti più significativi nelle opere di Maurice Hauriou e di Santi Romano. Il pensiero giuridico istituzionalistico è stato assai influente in questo secolo, in particolare in Francia, Italia, e Germania. Tuttavia negli ultimi trent'anni si è assistito al progressivo esaurirsi della «spinta propulsiva» di questa teoria. Dobbiamo agli studi di Neil MacCormick e Ota Weinberger se oggi si ritorna a parlare e a discutere di istituzionalismo nell'ambito della teoria del diritto. Qui di séguito concentrerò la mia attenzione piuttosto sull'opera di Santi Romano.

Comincio con alcune questioni di metodo particolarmente rilevanti. A questo proposito, quattro punti mi pare debbano essere sottolineati.

Innanzitutto va ricordato che Romano rivendica sempre per lo studioso del diritto l'uso del metodo giuspositivistico. Egli si propone di procedere mantenendosi «rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto ed evitando ogni veduta giusnaturalistica»¹. Ma cosa intende Romano per «concezione positiva del diritto»? Io direi una concezione del diritto così come questo è in realtà, e non come dovrebbe essere secondo certi princìpi.

Romano traccia così una netta separazione tra la sfera del diritto e quella della morale. Egli usa questa separazione come ulteriore argomento a fa-

¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 96. Sulla permanente adesione dell'istituzionalismo romaniano al metodo giuspositivista, cfr. G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, ora in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, C. Faralli e G. Zucchini, volume terzo, Giuffrè, Milano 1982, p. 993.

vore della sua tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. Si legga per esempio il brano seguente. «E' noto – egli scrive – come, sotto la minaccia delle leggi statali, vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a quella dello Stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite. Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria ed assoluta del diritto positivo dalla morale, che, secondo noi, in tale senso, che ci sembra molto ingenuo, è invece inesistente»². «Il diritto per così dire immorale o ingiusto – aggiunge ancora più esplicitamente questo autore – non è meno diritto di quello morale»³.

Il giurista siciliano concepisce la nozione di istituzione non come un concetto meramente sistematico, bensì come rappresentazione di uno spezzone di realtà. «L'istituzione – egli scrive – non è un'esigenza della ragione, un principio astratto, un *quid* ideale, è invece un ente reale, effettivo»⁴.

Romano sembra anticipare la distinzione enunciata da Hart, sulla scia di spunti forniti da Peter Winch, tra «punto di vista interno» e «punto di vista esterno» nello studio dei fenomeni giuridici⁵. Romano afferma che il punto di vista tipico del giurista – che egli assume – non è quello «esterno» bensì quello «interno». Si consideri il brano che segue. «Noi – egli scrive – tale ente [l'istituzione] abbiamo considerato, non dal punto di vista delle forze materiali che lo producono e lo reggono, non in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdipendente con altri, non in riguardo ai nessi di cause ed effetti che vi si ricollegano, e quindi non sociologicamente, ma in sé e per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico, anzi è un sistema di diritto obiettivo»⁶.

Una distinzione fondamentale nella teoria istituzionalistica di Romano è inoltre quella del tutto preliminare tra (a) il diritto come una o più norme singolarmente considerate e (b) il diritto come l'intero ordinamento giuridico-

2 S. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.

3 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 72.

4 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 96.

5 Vedi H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 55 ss., e cfr. P. WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, cit., pp. 57 ss.

6 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 96-97. Parentesi quadra mia.

co. Romano concentra la sua attenzione su quest'ultimo aspetto, sul diritto come ordinamento, giacché ritiene che sia quello fondamentale. In un certo senso, Romano anticipa qui la distinzione kelseniana di «nomostatica» e «nomodinamica», mettendo bene in luce l'elemento «dinamico» dell'«ordinamento giuridico», in particolare – come nota Giovanni Tarello – per ciò che concerne l'ordinamento statale, concepito come ordinamento di ordinamenti⁷.

Vediamo ora di individuare i caratteri per così dire «differenziali» dell'ordinamento giuridico secondo la teoria di Romano. Innanzitutto alcuni tratti in negativo. L'ordinamento giuridico non è una mera somma di norme. «La natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il *quid* che costituisce quell'unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino ad un certo punto, di indipendente»⁸. L'ordinamento giuridico – secondo Romano – non è nemmeno una somma di rapporti giuridici⁹. Questa tesi lo differenzia rispetto ad alcuni altri teorici italiani dell'istituzionalismo giuridico, in particolare rispetto a Widar Cesarini Sforza e a Guido Fassò¹⁰.

Cesarini Sforza – sulla scia di Hauriou – contrappone concezioni «obiettivistiche» e concezioni «subbiettivistiche» del diritto. Le prime sono fondate – afferma questo studioso – sulla supremazia della norma e l'unico rapporto giuridico per esse concepibile è quello tra la norma e il suo destinatario. Le seconde invece concepiscono la realtà giuridica come complesso di relazioni tra diritti e obblighi. Cesarini Sforza aderisce a quella che egli chiama la concezione «subbiettivistica» del diritto incentrata sulla nozione di «rapporto giuridico».

Ma cos'è un «rapporto giuridico» per questo autore? «Rapporto giuridico è – egli scrive – [...] l'interdipendenza delle azioni di due soggetti (o

⁷ Vedi G. TARELLO, «*Ordinamento giuridico*», ora in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 186-188. Su alcuni parallelismi tra l'opera di Kelsen e quella di Romano, cfr. V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, in ID., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 45 ss.

⁸ Ivi, p. 14. Romano, per affermare il primato dell'ordinamento sulle norme, si serve anche di una metafora organicistica: vedi ivi, p. 12.

⁹ Vedi ivi, pp. 70-71.

¹⁰ Sulla recezione delle idee di Romano da parte della dottrina giuridica italiana, vedi A. AGNELLI, *L'istituzionalismo giuridico italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 267 ss.

«persone» in senso giuridico) stabilita da una norma in guisa che uno di essi sia titolare di un diritto verso l'altro e l'altro sia investito di un obbligo verso il primo»¹¹. Rapporti giuridici sono quelli in cui «l'*ego* e l'*alter* si trovano in una situazione di equilibrio e di equivalenza»¹². Il rapporto giuridico è qui «la cellula primitiva e il nucleo irriducibile di ogni realtà sociale»: secondo Cesarini Sforza l'ordinamento giuridico si dà «nel rapporto o nei rapporti in cui si concreta»¹³. L'ordinamento è dunque concepito da questo autore essenzialmente come relazione o rapporto tra singoli individui.

Anche Fassò connette strettamente diritto e rapporto giuridico. Il diritto – secondo lo studioso bolognese – è *relazione*. «Dove c'è coesistenza – egli scrive – c'è rapporto e perciò diritto»¹⁴. «Relazione vuole dire diritto»¹⁵. «Rapporto significa legge»¹⁶. «La legge infatti presuppone un rapporto o un complesso di rapporti»¹⁷. Anche qui l'istituzione è concepita essenzialmente come relazione tra individui. Per Fassò così sono «istituzioni» non solo la camorra, il gioco del calcio, la coda davanti ad uno sportello, ma perfino «una coppia che fa l'amore»¹⁸.

Per Santi Romano invece il diritto come rapporto presuppone piuttosto il diritto come ordinamento. Ciò vale anche per le norme. Secondo Romano l'ordinamento giuridico si compone non solo di norme, ma soprattutto di organizzazione. Le norme sono strumentali rispetto all'ordinamento e non costitutive di questo. «In altri termini – scrive il giurista siciliano –, l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo delle sue attività, che non un elemento della sua struttura»¹⁹. E' interessante notare come Cesarini Sforza invece critichi la prevalenza data da Romano all'«istituzione» di contro alla norma. «Ciò che in Romano c'è di inaccettabile – scrive Cesarini Sforza – è la posizione

11 W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, II ed, Giuffrè, Milano 1963, p. 11.

12 Ivi, p. 12. Corsivo nel testo.

13 *Ibidem*, e ivi, p. 13.

14 G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1953, p. 100.

15 Ivi, p. 102.

16 Ivi, p. 105.

17 Ivi, pp. 106-107.

18 Vedi ivi, pp. 82-83. In merito, per un'opinione opposta, cfr. G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ristampa, Scientia, Aalen 1972, p. 118, e M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon, Oxford 1975, p. 123.

19 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 15-16.

logicamente secondaria della norma giuridica, come prodotto dell'istituzione-organizzazione. La norma non viene prima della istituzione-organizzazione, ma neanche dopo, è *coeva*»²⁰.

Carl Schmitt aderisce alla visione per certi versi «autopoietica» dell'ordinamento giuridico offerta dall'istituzionalismo di Romano. «Nel suo libro *L'ordinamento giuridico* – scrive Schmitt – Santi Romano ha detto giustamente che è sbagliato parlare d'un diritto italiano, francese, ecc. concependo questo come una somma di regole, mentre in realtà in primo luogo è la complessa e varia *organizzazione* dello Stato italiano o francese come ordinamento concreto che crea tale diritto, sono le molteplici istanze e relazioni di autorità o potere statale che producono, modificano, applicano e garantiscono le norme giuridiche senza però identificarsi con queste. Il diritto italiano o francese è solo ciò [...]. A ragione egli aggiunge che una modificazione della norma è, più un effetto che una causa d'una modificazione dell'ordinamento»²¹. L'istituzionalismo, o meglio il *konkretes Ordnungsdenken*, di Schmitt è però ben diverso dalla dottrina di Romano. Ciò innanzitutto per almeno due ragioni: dietro l'istituzionalismo di Schmitt si profila abbastanza chiaramente l'ombra sinistra del decisionismo, una concezione che cozza col deciso antivolontarismo e antiimperativismo di Romano; Schmitt è attratto da una *Weltanschauung* vitalistica ed eticistica che tende a confondere e ad unificare le sfere della morale e del diritto, le quali invece rimangono ben distinte nella dottrina di Romano. La differenza più eclatante tra Romano e Schmitt risiede comunque nell'accanito antipluralismo di quest'ultimo.

Mentre Romano – come è noto – è un difensore instancabile del pluralismo giuridico, Schmitt ravvisa in questo la causa principale dei mali dello Stato e della società. Questa posizione antipluralista, espressione di un profondo pregiudizio antidemocratico, è costante nell'opera del tedesco, ne costituisce quasi un'ossessione, ben prima della sua conversione al nazional-socialismo. Negli scritti successivi al maggio 1933, data dell'ingresso di Schmitt nel partito nazista, il suo antipluralismo diviene addirittura parossi-

20 Citato da A. BARATTA, *Presentazione*, in M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1967, p. XXIV. Corsivo nel testo.

21 C. SCHMITT, *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934, p. 24, trad. mia; rendo col corsivo lo spaziato del testo. Sulla divergenza tra Schmitt e Romano sul punto del rifiuto dell'uno e dell'accettazione dell'altro della tradizione giuspositivistica, cfr. A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, ora in ID., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, ESI, Napoli 1987, pp. 150 ss.

stico nell'affermazione dell'unità e «totalità» dello stato. D'altra parte – va ricordato – la locuzione «Stato totale» è da lui utilizzata in scritti anteriori al maggio 1933²². Al pluralismo di Romano si contrappone dunque il «totalitarismo» di Schmitt. «Per quanto molteplici siano i punti di vista per la regolamentazione e l'organizzazione delle diverse sfere vitali – scrive lo studioso tedesco –, d'altro lato certamente deve essere riconosciuto e mantenuto un principio fondamentale unitario e coerente. Ogni incertezza ed ogni dissidio si trasformano in punti su cui premono forze dapprima neutrali e in seguito ostili verso lo Stato e dove fanno breccia la disgregazione e la lacerazione pluralistica. Uno Stato forte è il presupposto di una forte vita propria delle sue svariate componenti. La forza dello Stato nazionalsocialista risiede nel fatto che esso è dominato e attraversato dall'alto al basso e in ogni atomo della sua esistenza dall'idea dell'autorità del *Führer*»²³.

2.2. Esaminiamo ora gli elementi essenziali del concetto di diritto secondo Romano. Il concetto di diritto «anzitutto deve ricondursi al concetto di società»²⁴. Per «società» deve intendersi qui non un semplice rapporto tra individui, ma un'unità concreta distinta dagli individui che la formano, un'unità effettivamente costituita (effettivamente organizzata). Così per Romano un ceto o una classe sociale, non organizzati, non costituiscono una società vera e propria.

Il concetto di diritto – in questa prospettiva – deve contenere l'idea di ordine sociale. «Ogni manifestazione sociale – scrive Romano –, pel fatto solo che è sociale, è ordinata almeno nei riguardi dei consoci»²⁵. L'ordine sociale di cui è espressione il diritto, non è però quello dato dall'esistenza di norme o regole²⁶. Il diritto, prima di essere norma, è organizzazione.

L'affermazione decisa della socialità del fenomeno giuridico e la concezione della socialità come «organizzazione» sono i due presupposti della definizione del diritto come istituzione. Istituzione è – secondo Romano –

22 Cfr. I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, II ed., Wilhelm Fink, München 1980, pp. 152 ss.

23 C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934, p. 33. Trad. mia.

24 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25. E' allora discutibile se Romano operi una «giuridicizzazione del sociale» o non piuttosto una «socializzazione del giuridico»: in merito, cfr. G. TARELLO, *Progetto per la voce «Ordinamento giuridico» di una enciclopedia*, in «Politica del diritto», 1975, pp. 72 ss.

25 Ivi, p. 27.

26 I due termini per Romano sono equivalenti: vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 4, nota 2.

«qualsiasi ente o corpo sociale che abbia un assetto stabile e permanente e formi un corpo a sé, con una vita propria»²⁷. Diritto e istituzione divengono così concetti equivalenti. «Ogni ordinamento giuridico – egli scrive – è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta»²⁸.

Romano precisa la sua concezione nel confronto di questa con la dottrina di Maurice Hauriou il quale lo aveva preceduto nell'utilizzo del concetto di «istituzione» come nozione centrale del fenomeno giuridico nei suoi *Principes de droit public* del 1910. A questa Romano muove quattro obiezioni principali²⁹.

(i) E' ingiustificata la limitazione del denotato del concetto di «istituzione» solo alle organizzazioni da Hauriou dette «corporative», alle organizzazioni cioè che hanno raggiunto un elevato grado di sviluppo, vale a dire agli Stati moderni.

(ii) E' ancora più angusta l'identificazione dell'«istituzione» con gli enti organizzati secondo il modello costituzionale-rappresentativo.

(iii) E' inesatto sostenere che l'istituzione è fonte del diritto, ovvero che l'una sia causa dell'altro, giacché tra i due concetti e fenomeni vi è – dice il giurista siciliano – «perfetta identità».

(iv) E' oscura infine la concezione di Hauriou secondo la quale l'«istituzione» sarebbe «une sorte de chose»: «il vero si è – scrive Romano – che l'Hauriou ha voluto mettere in evidenza il carattere obiettivo dell'istituzione, ma questo suo carattere non importa che essa si debba considerare come obbietto, come *res*: l'istituzione è invece un ordinamento giuridico obbiettivo»³⁰.

Prese le distanze da Hauriou, Romano indica quelli che a suo avviso sono i caratteri fondamentali del fenomeno istituzionale. Innanzitutto ci viene data una definizione: «Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo

²⁷ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 82. «Ogni ente sociale, cioè ogni istituzione nel senso in cui tale parola è sinonimo di ente sociale [...] è un ordinamento giuridico» (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed. riveduta, Giuffrè, Milano 1946, p. 55).

²⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27. «Ogni istituzione è un ordinamento giuridico ed ogni ordinamento giuridico è una istituzione» (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., cit., p. 55).

²⁹ Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 33-34.

³⁰ Ivi, p. 34.

sociale»³¹. Un ente sociale, per essere qualificato come istituzione, deve avere le caratteristiche seguenti.

(a) Deve essere obiettivamente e concretamente esistente: «per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile»³².

(b) Deve essere «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo».

(c) Deve essere «un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità»³³. (Tuttavia «l'autonomia di ogni istituzione non deve essere assoluta»³⁴).

(d) Deve essere «un'unità ferma e permanente»³⁵. L'ente sociale che si qualifica come istituzione deve cioè poter mantenere la sua identità anche nel caso in cui mutino i suoi singoli elementi (le persone che ne fanno parte, il suo patrimonio, i suoi interessi, e anche – si noti – le sue *norme*³⁶). Romano ritiene possibile che un'istituzione abbia tutte le sue norme modificate, e tuttavia rimanga identica a se stessa.

(e) Il concetto di istituzione implica quello di *organizzazione*. L'istituzione è in particolare *organizzazione della forza*. «Ogni forza – scrive Romano – che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto»³⁷. Come si vede, con questa sua idea il giurista siciliano anticipa tesi analoghe di Hans Kelsen, di Alf Ross e di Karl Olivecrona. Vi è però una differenza, che forse annulla l'apparente somiglianza tra Romano e Kelsen (e Ross, Olivecrona) a questo proposito. Per Kelsen (e Ross, e Olivecrona) «forza» significa «forza coattiva», violenza fisica in ultima istanza; per Romano invece il concetto di «forza» – in

31 Ivi, p. 35.

32 *Ibidem*.

33 Ivi, pp. 37 e 38.

34 Ivi, p. 38. Cfr. la voce *Autonomia*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 14 ss.

35 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 39. «Ogni istituzione [...], in quanto è un ente che ha una propria struttura e organizzazione e, quindi, un ordine, un assetto più o meno stabile e permanente, e riduce ad unità gli individui, nonché gli altri elementi che lo compongono, acquistando di fronte ad essi una vita propria e formando un corpo a sé, costituisce un «ordinamento giuridico»» (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., cit., p. 55, corsivo mio).

36 Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 39.

37 Ivi, p. 43.

questo contesto— è molto più ampio, e coincide grosso modo con quello di «forza sociale».

Si badi poi che Romano non concepisce l'organizzazione solo come organizzazione *gerarchica*. «A noi però — egli scrive — non sembra che il concetto di organizzazione implichi necessariamente un rapporto [...] di superiorità e di correlativa subordinazione»³⁸. Se la struttura gerarchica non è requisito essenziale, potrà allora senza difficoltà riconoscersi che anche la comunità internazionale è un ordinamento giuridico³⁹. Tale riconoscimento si giustifica anche in considerazione del fatto che l'esistenza di un'istituzione non presuppone l'autonomia piena di questa. Per Romano così la comunità internazionale rappresenta l'istituzione più ampia.

Invero, come è stato più volte notato⁴⁰, il concetto di «istituzione» fornito da Romano rimane piuttosto vago, giacché — come egli stesso riconosce — ulteriori precisazioni di quel concetto si riducono alla riformulazione della definizione dell'istituzione come «ente o corpo sociale»⁴¹. Nondimeno, una confusione è di certo evitata da Romano: quella tra «istituzione» e «istituto giuridico»⁴². Tale confusione è invece presente negli autori neoistituzionalisti, in particolare negli scritti di Neil MacCormick, il quale come esempio di «istituzione» cita ripetutamente il caso del contratto⁴³. Ciò marca una prima importante differenza tra la teoria di Romano e quella di MacCormick e Weinberger. Per quest'ultima «istituzione» significa innanzitutto «fatto istituzionale» (nel senso in cui questo termine è usato da

38 Ivi, p. 54.

39 Vedi S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 68.

40 Cfr. ad esempio V.E. ORLANDO, *Stato e diritto*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 291-193, e N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977, p. 173. «La teoria romaniana — nota Uberto Scarpelli — [...] non offre un ben determinato modello e precisi criteri per la risoluzione giuridica delle antinomie ed alternative emergenti dalla materia sociale» (U. SCARPELLI, *Istituzione*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, vol. II, *I concetti*, UTET, Torino 1985, p. 437). «La vaghezza» del concetto di «istituzione» è sottolineata anche da Sabino Cassese che giunge poi alla conclusione che questo concetto è «ormai inutile» (S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, in «Politica del diritto», 1979, p. 53).

41 Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 40.

42 Vedi ivi, p. 36, nota 30.

43 Vedi ad esempio N. MacCORMICK, *Law as Institutional Fact*, in N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, cit., pp. 49 ss., e O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, in O. WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., pp. 32-34.

John Searle⁴⁴); mentre per Romano «istituzione» significa soprattutto «ente sociale», «organizzazione».

Seppure ogni organizzazione costituisce un «fatto istituzionale», nondimeno non ogni «fatto istituzionale» costituisce un'organizzazione. Il caso del contratto citato così spesso da MacCormick⁴⁵ è a questo proposito esemplare. Un contratto esistente o in vigore può certo essere fatto rientrare nella categoria dei «fatti istituzionali». Non sempre però è possibile farlo rientrare nella categoria delle «organizzazioni» o dei «corpi sociali». Così, anche chi accogliesse una concezione rigidamente monistica e statalistica del diritto (per cui unico diritto possibile è quello dello Stato) potrebbe riconoscere la pluralità delle «istituzioni» nel senso in cui questo termine è usato da MacCormick. Non potrebbe però riconoscere la pluralità delle «istituzioni» nel senso di Romano, senza entrare in contraddizione con l'affermazione dell'esclusività del diritto statale.

Romano riconosce comunque due concetti di diritto. Il primo (e fondamentale) è quello di diritto come «un ordinamento nella sua completezza ed unità cioè un'istituzione»⁴⁶. L'altro (subordinato al primo) è quello del diritto come insieme di precetti o norme, che traggono la loro ragion d'essere dall'ordinamento complessivo: «un precetto o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati, che, per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo così in evidenza la connessione che essi hanno con l'ordinamento intero, ossia con l'istituzione di cui sono elementi, connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico»⁴⁷.

⁴⁴ Vedi J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, pp. 50 ss.

⁴⁵ Vedi ad esempio N. MacCORMICK, *Institutions, Arrangements and Practical Information*, in «Ratio Juris», 1988, pp. 73 ss. Rispetto all'«istituzione», MacCormick distingue tra norme «istitutive», «terminative» e «di conseguenza»: vedi N. MacCORMICK, *Law as Institutional Fact*, cit., pp. 52 ss. Su questa distinzione, cfr. H. ROTTLEUTHNER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Alber, München 1981, pp. 58 ss. Cfr. anche A. PINTORE, *Da Ross a MacCormick: Recenti sviluppi nella teoria analitica dei concetti giuridici*, in *Studi economico-giuridici, in memoria di Antonio Basciu*, Jovene, Napoli 1986, pp. 267 ss., e A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli 1990, capitolo quinto.

⁴⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

⁴⁷ Ivi, pp. 27-28. Vedi anche S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 68 e 71. L'uso del termine «precetto» non impegna però Romano ad una concezione imperativistica (vedi S. ROMANO, *op.ult.cit.*, pp. 140-141). A questo proposito va ricordato che per Romano «né le singole norme né l'ordinamento complessivamente considerato, che le riceve e le raccoglie, hanno dei destinatari» (ivi, p. 142).

A questi due tipi di diritto corrispondono – nella teoria di Romano – due concetti differenti di validità giuridica. Il diritto come «istituzione», ovvero come «ordinamento», è valido solo in quanto effettivo, in quanto porzione della realtà⁴⁸. Il diritto come norma, ovvero come «precetto istituzionale», è valido invece in quanto sia connesso in qualche modo (non meglio precisato) con il diritto come «ordinamento». «L'istituzione è tale – scrive il giurista siciliano – in quanto pone norme e la norma trae dall'istituzione la sua forza»⁴⁹.

Questa doppia articolazione del concetto di validità ricorda, ovviamente, Kelsen⁵⁰. Come notano tanto Tarello, quanto Frosini, è l'idea di «ordinamento giuridico» il legame tra le teorie di Kelsen e Romano. C'è però da aggiungere che l'idea di «ordinamento giuridico» nei due teorici è molto diversa. In Kelsen si tratta di un sistema di norme, di un qualcosa che risulta solo da norme ed a queste è riducibile. In Romano invece l'idea di «ordinamento» (che equivale invero a quella di «istituzione») non è riducibile a una mera somma, o organizzazione, o ad un sistema, di norme. Così alla «norma fondamentale presupposta» della «dottrina pura» di Kelsen corrisponde nella teoria di Romano una sorta di «costituzione materiale» ovvero di «diritto tacito» fondato sulla «forza normativa del fatto». Mentre dunque Kelsen concepisce l'ordinamento giuridico come somma di norme e come «chiuso» o «fondato» su una norma (seppure di rango superiore), Romano ha una visione per così dire «olistica» dell'ordinamento, e fonda questo su una specie di necessità materiale⁵¹, che è poi quella parte della sua teoria che più lo fece apprezzare allo Schmitt del *Konkretes Ordnungsdenken*. «Se si volesse ridurre la contrapposizione tra Kelsen e Romano a quella fra due formule definitorie – ha scritto Vittorio Frosini –, si potrebbe perciò constatare la alternativa fra la «norma giuridica fondamentale» che sta alla base della dottrina pura del diritto, ed il «diritto tacito fondamentale», su cui è costruita la dottrina istituzionistica, anche se questa seconda formula va attribuita non allo stesso Santi Romano, ma ad un suo seguace, Orazio Condorelli»⁵². Inoltre, come risulta dalla loro diversa concezione del diritto internazionale (monista quella kelseniana,

48 Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 35-36.

49 Ivi, p. 42. Corsivo mio.

50 Cfr. G. TARELLO, «Ordinamento giuridico», cit., pp. 186-188, e V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, cit., pp. 55-56.

51 Cfr. A. TARANTINO, *La teoria della necessità dell'ordinamento giuridico*, II ed., Giuffrè, Milano 1980.

52 V. FROSINI, *op. ult. cit.*, pp. 53-54. Cfr. O. CONDORELLI, *Il «diritto fondamentale»*, in ID., *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano 1970. Si confronti anche C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Giuffrè, Milano 1940.

pluralista quella di Romano) e dalla diversa configurazione giuridica attribuita alla Chiesa Cattolica, Kelsen è portato tendenzialmente ad affermare un ordinamento giuridico ed uno solo, mentre Romano è sotto questo profilo radicalmente pluralista.

2.3. Utilizzando una ricostruzione di Giacomo Gavazzi⁵³, potremmo riassumere i caratteri della teoria giuridica di Romano nel modo seguente. Si tratta di una teoria del diritto (a) giuspositivistica (antigiustinaturalistica), (b) realistica, (c) moderatamente antinormativistica, (d) antistatualista ma non imperativistica (pluralistica e pangiuridicistica), (e) formalista, e (f) non sanzionistica.

Per ciò che concerne (a) la dottrina di Romano può dirsi giuspositivistica là dove si adotti una versione ampia del positivismo giuridico, cioè quella versione per cui il diritto è prodotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani. «Legal positivism – ha scritto Ronald Dworkin – has many different forms, but they have all in common the idea that law exists only in virtue of some human act or decision»⁵⁴. Inoltre, insistendo sulla distinzione tra diritto «qual è» e diritto «quale dovrebbe essere» e quindi sulla separazione di diritto e morale, Romano accoglie una delle istanze più forti del giuspositivismo.

Riguardo a (b) Romano è realista nel senso che, come si è visto, cerca di riconciliare l'ambito giuridico (normativo) col mondo dell' «essere», e in quanto concepisce il diritto come una sfera della realtà, come un insieme di *fatti*. Con riferimento a (c), vale sottolineare che il giurista siciliano, pur contrapponendo il concetto di «istituzione» a quello di «norma», non crede di poter fare a meno di quest'ultimo, lo assoggetta invece al concetto di «istituzione» senza eliminarlo. Così, è l'istituzione il *prius*, e non la norma, ma questa pure gioca un ruolo essenziale nell'esperienza giuridica, è «dedotta» però dall'istituzione.

Romano tematizza in termini assai espliciti la contrapposizione dell'istituzionalismo alla tradizionale teoria normativistica. La concezione istituzionalistica – egli scrive – «non è accettata dalla dottrina tradizionale sul concetto di diritto che, secondo essa, sarebbe invece un complesso o siste-

⁵³ G. GAVAZZI, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Giuffrè, Milano 1977, pp. 67-86.

⁵⁴ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford 1986, p. 131. Vedi anche, ad esempio, H.L.A. HART, *Legal Positivism*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. Edwards, vol. 4, The Free Press, New York 1967.

ma di norme, delle quali, per distinguerle da altre norme, si ricerca, ma si ricerca invano il carattere specifico. A tale concezione c.d. normativa si contrappone la concezione c.d. *istituzionistica del diritto*»⁵⁵. Nella prospettiva di Romano le norme non rappresentano l'elemento centrale del fenomeno del diritto. Esse qui non sono che una estrinsecazione o manifestazione dell'*istituzione*, che è essa la realtà primaria e fondamentale del diritto. La norma trae il carattere della giuridicità dalla istituzione della quale è una manifestazione o derivazione. Le norme giuridiche si distinguono così da altri tipi di norme non per caratteri propri delle norme in questione, ma solo per l'istituzione dalla quale esse derivano.

Inoltre, senza l'istituzione, senza l'esistenza di questa, non potrebbe parlarsi di efficacia delle norme. «Le singole norme o anche il complesso delle norme che si dicono giuridiche non sono che particolari estrinsecazioni di un dato ordinamento nel senso accennato, che, del resto, nelle istituzioni più semplici o meno evolute, possono anche rimanere latenti. La loro importanza pratica è così grande che si è potuto identificare con esse ogni ordinamento giuridico considerato nella sua interezza. E' però più esatto ritenere che un ordinamento, in senso oggettivo, non si risolve solo in norme, le quali infatti presuppongono la istituzione comprensivamente e unitariamente considerata, sono un aspetto e una manifestazione di essa, da essa derivano il carattere che le differenzia dalle norme non giuridiche, la loro efficacia e la loro garanzia, che non sono date dai caratteri intrinseci di ogni norma, né dal loro collegamento con altre norme che le tutelano, ma riposano invece su tutti gli ingranaggi e congegni, su tutta la struttura dell'istituzione»⁵⁶.

Per Romano comunque «istituzione» e «norma» non sono concetti e «punti di vista» tra loro incompatibili. Non si escludono a vicenda, «anzi si integrano»⁵⁷. L'istituzione che per Romano costituisce per così dire l'«essenza» del fenomeno giuridico si accompagna sempre ad un corpo di norme (sia pure non espressamente formulate). «Il diritto è anche norma, ma, oltre che norma e, spesso, prima di essere norma, è organizzazione o corpo sociale, ed è questo che alla norma comunica, come ad un suo prodotto o derivazione, la natura giuridica, non viceversa. In altri termini, l'esistenza di una istituzione non si scompagna mai da una serie di norme, che posso-

55 S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 55. Corsivo nel testo.

56 Ivi, pp. 55-56.

57 S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Scritti minori*, vol. 1, a cura di G. Zanobini, rist. dell'ed. del 1950, Giuffrè, Milano 1990, p. 458.

no essere e, in parte, sono sempre implicite nella sua struttura e nei suoi caratteri essenziali e, quindi, ad essa coeve, ma in parte sono anche espressamente dichiarate e formulate dall'istituzione medesima, dopo che essa è sorta, o da una istituzione superiore e maggiore di cui la prima è elemento»⁵⁸. L'istituzione per Romano non è riducibile a un corpo di norme, ma d'altro lato non può darsi senza queste. Le norme sono solo una condizione necessaria dell'istituzione, mai una condizione sufficiente di questa. Ciò però non esclude che la norma possa in qualche caso precedere la pratica sociale in cui si concreta l'istituzione⁵⁹.

Per ciò che concerne l'antistatualismo va ricordato ancora una volta che l'istituzionalismo di Romano è per la pluralità degli ordinamenti giuridici, dei quali lo Stato non è che una varietà. Romano non crede che i fenomeni giuridici trovino la loro quintessenza in comandi, prescrizioni, precetti, imperativi, atti d'imperio. Come è noto, lo statualismo giuridico (che afferma che solo diritto è quello dello Stato) si è alimentato del prescrittivismismo, e viceversa. Per una teoria che identifica Stato e diritto, o meglio che riconduce il diritto alla «forma Stato», è naturale che quello (il diritto) consista dei comandi del potere statale. Romano, dunque, è antistatualista in due direzioni. Per un verso perché nega che il diritto sia composto soltanto principalmente di quegli atti che sono stati considerati tipici dell'attività statale: le prescrizioni, gli imperativi, le sanzioni. Per altro verso, perché nega la pretesa dello Stato ad essere l'*unico* ordinamento giuridico valido ed efficace in un certo territorio, optando come fa per la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. «Lo Stato è da considerarsi e, di regola, si considera da sè, non come il solo ordinamento giuridico esistente, ma come uno degli ordinamenti che costituiscono il mondo giuridico e fra di loro vivono ora in relazioni di socievole coesistenza, ora in lotta, ora ignorandosi, l'uno con l'altro»⁶⁰. Come nota Gavazzi, nella teoria di Romano «il diritto

⁵⁸ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 56.

⁵⁹ D'avviso contrario è Gianluigi Palombella. Vedi G. PALOMBELLA, *L'istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1990, p. 378: «Nella teoria istituzionale, la nozione di diritto - ordinamento - corpo sociale esclude che la norma preceda effettivamente la pratica sociale».

⁶⁰ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 59. Per una critica del pluralismo giuridico difeso da Romano, cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino 1967, pp. 184 ss., dove si afferma la centralità della nozione di sovranità (la capacità di produrre e di imporre norme) nella definizione dell'ordinamento giuridico: «Di questi due attributi congiunti, della reazione e dell'imposizione del diritto, contenuti per definizione nella «sovranità», gli altri ordinamenti non partecipano, o partecipano solo in parte» (ivi, p. 187). «Stato-centrica», invece, rimane la dottrina di Romano a giudizio di Pietro Costa: vedi

non si risolve e non si esaurisce né nelle norme poste dallo Stato (qui l'antistatualismo si combina con l'antinormativismo) e neppure nell'istituzione Stato, non essendo questo l'unica forma di istituzione (pluralismo giuridico e antistatualismo)⁶¹.

Inoltre, il pluralismo giuridico, usato da Romano in maniera abbastanza estrema, finisce per sfociare nel pangiuridicismo, cioè nella tesi (tipicamente romaniana) per cui ogni gruppo sociale costituisce un ordinamento giuridico. E' interessante notare che Romano collega la tesi per cui lo Stato è l'unica espressione del «giuridico», ovvero l'unica fonte di diritto, alla concezione giusnaturalistica che tende a concepire il diritto in termini monistici, come uno e universale. «La definizione dello Stato come ordinamento giuridico non è completa, se non si mette in rilievo che esso non è che uno dei vari ordinamenti giuridici che possono esistere e nella realtà esistono. Deriva da una trasposizione nella teoria del diritto positivo della concezione naturalistica del diritto, l'opinione adesso frequentissima, ma che non si può far risalire oltre i principii del Secolo XVIII, per cui il solo ordinamento giuridico sarebbe quello statale: gli altri potrebbero essere giuridici solo per riverbero e in quanto vengono dallo stesso Stato istituiti o almeno riconosciuti. Assoluto e, quindi, unico può darsi che sia il diritto naturale, ma gli ordinamenti positivi sono evidentemente tanti quanti i corpi sociali in cui si concretano⁶².

Per quel che concerne il «formalismo» di Romano, questo risiede in ciò che egli non si cura di identificare contenuti o funzioni tipiche del diritto ovvero condizioni sostanziali (specifici contenuti normativi o particolari conformazioni istituzionali) che un certo gruppo deve soddisfare per vedersi riconoscere la qualità e le prerogative di un ordinamento giuridico. Il diritto, in questa prospettiva, «non ha scopi, fini, distribuzione di competenze necessariamente predeterminati»⁶³. Infine, l'«antisanzionismo» di Romano si esprime nella negazione che la sanzione sia un elemento distintivo o centrale della norma giuridica, o – meglio – dell'esperienza giuridica nel suo complesso.

P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 127 ss.

61 G. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 76.

62 S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 58.

63 G. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 76.

3. Istituzionalismo vecchio e nuovo. Santi Romano a confronto con Neil MacCormick e Ota Weinberger

Mi pare utile esaminare i punti di contatto ed alcune divergenze tra l'istituzionalismo di Romano e il neoistituzionalismo di MacCormick e Weinberger. Elementi comuni sono a mio avviso almeno quattro tesi riscontrabili con maggiore o minore chiarezza tanto negli scritti di Romano quanto in quelli di MacCormick e Weinberger: (i) la tesi per cui il diritto e il linguaggio sono fenomeni tra loro interconnessi e per certi versi omologhi; (ii) l'affermazione dell'esistenza di una specifica realtà giuridica distinta da quella fisica o «bruta»⁶⁴; (iii) la rivendicazione del metodo cosiddetto «positivo», per cui il diritto va studiato per come esso «è», distinguendo i piani della descrizione e della prescrizione (o valutazione) di norme e istituzioni, cosicché lo studio del diritto si configura per entrambe le teorie istituzionalistiche (tanto per quella di Romano, quanto per quella di MacCormick e Weinberger) come *wertfrei*; (iv) la separazione del diritto dalla morale (giustificata da Romano con l'argomento secondo cui il diritto sarebbe un fenomeno eminentemente *involontario*, mentre la morale si radicherebbe nella volontà dei singoli⁶⁵).

Comune è inoltre la convinzione che si dia una pluralità di ordinamenti normativi (istituzioni). Tuttavia i neoistituzionalisti, a differenza di Romano, credono di poter rinvenire istituzioni «giuridiche» e istituzioni «non giuridiche»: «Es gibt rechtliche und außerrechtliche Institutionen» – scrive per esempio Weinberger⁶⁶. Ciò equivale a dire che non ogni «istituzione» è per ciò stesso un ordinamento *giuridico*, pur essendo un ordinamento normativo. Al pluralismo «giuridico» di Romano corrisponde così il pluralismo «normativo» di Weinberger: «E' caratteristico della società moderna che in essa convivano l'uno accanto all'altro una *pluralità di sistemi normativi sociali*. Questi sono in parte sistemi generali di regole che si riferiscono a tutti i membri della società e in parte meccanismi normativi

⁶⁴ Vedi S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 204 ss.; O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 17; O. WEINBERGER, *Die Bedeutung der Logik für die moderne Rechtstheorie*, in O. WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., p. 91; O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 117; e N. MacCORMICK, *On Analytical Jurisprudence*, in N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, cit., pp. 97 ss.

⁶⁵ Vedi S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 65 ss. Ciò ovviamente non impegna Romano all'adozione di una metaetica noncognitivistica. Cfr. O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 42.

⁶⁶ O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 103.

particolari di certi gruppi»⁶⁷. Ma il pluralismo «normativo» di Weinberger è immune dalle tentazioni «pangiuridiciste» cui è invece costantemente esposto il pensiero di Romano.

Invero le differenze tra l'istituzionalismo di Romano, da un lato, e quello di MacCormick e Weinberger, dall'altro, sono molteplici. Innanzitutto vi è la diversità del loro retroterra culturale. La differenza più importante mi pare comunque essere quella (a cui ho già accennato) del significato attribuito al concetto di istituzione. Per Romano «istituzione» equivale a «società», ovvero a «ordinamento giuridico». Per MacCormick e Weinberger (ma forse più per MacCormick che per Weinberger) «istituzione» equivale a «fatto istituzionale»⁶⁸. Non ogni «fatto istituzionale» però costituisce una «società», e un «ordinamento giuridico», sicché i concetti di «istituzione» usati rispettivamente da Romano, e da MacCormick e Weinberger, rimangono distinti.

Un'altra importante differenza è che Romano parla ripetutamente della necessità di ricondurre il «dover essere» (della norma) all'«essere» (dell'istituzione). Se si definisce il diritto come «istituzione», ovvero come una specifica porzione di realtà, allora – argomenta Romano – il fenomeno giuridico non può più essere concepito come momento del «dover essere», bensì come pertinente alla sfera dell'«essere». «Se il diritto – egli scrive – vige anzitutto nelle istituzioni, non solo sarà necessario, quando si vuole definirlo, andare oltre il dogma volontaristico [...], ma occorrerà altresì risalire dalla sfera del dover essere a quella dell'essere»⁶⁹. Ciò segna – secondo il giurista siciliano – un'ulteriore differenza del diritto rispetto alla morale: la morale appartiene al mondo del «dover essere»⁷⁰, il diritto a

⁶⁷ *Ibidem*. Corsivo nel testo. Trad. mia.

⁶⁸ Vedi N. MacCORMICK, *Law as Institutional Fact*, ora in N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, cit., pp. 49 ss. e N. MacCORMICK, *Institutions, Arrangements and Practical Information*, cit., pp. 76-77 (qui MacCormick parla di «legal institutional facts» (p.77)). Weinberger invero distingue tra «istituzione» e «fatto istituzionale» nel senso che «i fatti istituzionali sono fatti che dipendono da istituzioni» (O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 117, trad. mia). Manca però, nell'opera di Weinberger, una spiegazione ulteriore della differenza tra «istituzione» e «fatto istituzionale». Manca in verità in quest'opera una definizione precisa di «istituzione». A questo proposito la difesa di Weinberger, secondo cui non è sempre necessario definire i fenomeni di cui ci si occupa (vedi O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 30), mi pare assai debole.

⁶⁹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 70, corsivo mio. Vedi anche ivi, pp. 80, 84.

⁷⁰ Sembrerebbe così che Romano talvolta qualifichi il fenomeno giuridico come un semplice «fatto brutto»; il che ha indotto più d'uno a prendere le distanze dell'isti-

quello dell'«essere», o meglio il diritto si pone su entrambi i terreni in quanto l'istituzione esprime un «essere» mentre le norme (che dall'istituzione traggono la loro validità) esprimono un «dover essere».

Per i teorici neoistituzionalisti (invero soprattutto per Weinberger, giacché MacCormick manifesta in merito qualche perplessità⁷¹) «essere» e «dover essere» sono invece piani nettamente distinti, che non entrano mai in contatto (nel senso che da un «essere» sia possibile derivare un «dover essere», come pare credere Romano⁷²) e il diritto è definito in termini di «dover essere» e non di «essere». Nondimeno, se si considerano più attentamente le teorie neoistituzionalistiche, questa differenza si attenua considerevolmente.

Innanzitutto va notato che Romano e Weinberger attribuiscono alla distinzione di «essere» e «dover essere» un diverso significato. Per Romano quei termini esprimono l'idea di due distinte sfere della realtà. La sua è una tesi ontologica. Weinberger invece prende le distanze da questo modo di intendere quella distinzione (che egli, tra l'altro, attribuisce a Kelsen⁷³). «Secondo la concezione ontologica – scrive Weinberger – vi sono una sfera dell'essere e una sfera del dover essere, il mondo dell'essere che si rivela a noi nell'esperienza empirica essenzialmente sulla base di osservazioni, e il mondo del dover essere, il quale non può essere osservato, ma solo com-

tuzionalismo per una sua apparente insensibilità verso gli aspetti squisitamente normativi del diritto. Cfr. ad esempio L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1981, p. 125: «Diversamente da Santi Romano, noi non identificheremo senz'altro il diritto con il corpo sociale, perchè questo significherebbe ridurre il diritto a semplice fatto, privandolo della sua natura normativa».

71 Vedi N. MacCORMICK, *Ein Postskriptum zu Weinbergers Einleitung*, in N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., pp. 57-59.

72 Vedi ad esempio la critica di Weinberger e MacCormick alla pretesa derivazione di un «is» da un «ought» compiuta da John Searle: vedi N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, cit., pp. 21-24. Per una critica analoga, cfr. K.O. APEL, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in ID., *Transformation der Philosophie*, Vol. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 416. Cfr. J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 175 ss.

73 Vedi O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 113. Cfr. però O. WEINBERGER, *Hans Kelsen als Philosoph*, in ID., *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Duncker & Humblot, Berlin 1981, p. 186, dove si legge: «Die Unterscheidung von Sein und Sollen ist im Kelsenschen Sinne [...] als begriffliche Differenzierung von Denkinhalten, als semantische Unterscheidung verschiedener, gegenseitig ineinander unübersetzbarer Satzarten zu verstehen» (corsivo mio).

preso, poiché esso consiste di entità ideali»⁷⁴. Alla concezione «ontica» o ontologica della distinzione tra «essere» e «dover essere» Weinberger muove due obiezioni principali. (i) Da un lato tale concezione deve presupporre un «mondo» (quello del «dover essere») che comprenda *tutte* le norme «pensabili», quindi anche quelle tra loro in contraddizione. Ma – obietta Weinberger – un «mondo» è tale, ad esempio nella teoria dei mondi possibili, solo in quanto non comprende stati di cose tra loro contraddittori. Se invece il «mondo» del «dover essere» si limitasse a comprendere soltanto le norme effettivamente vigenti ed efficaci, allora ci troveremmo in presenza non più di *un* «mondo» del «dover essere», bensì dinanzi ad una pluralità di sistemi normativi⁷⁵. Ne consegue che – a giudizio dello studioso ceco – il diritto non può essere concepito come *un* «mondo».

(ii) D'altro lato, la concezione ontologica si avvolge nella contraddizione per cui una norma che per definizione è un «non-essere», in quanto è concepita come appartenente ad una sfera diversa da quella dell'«essere», è pur tuttavia assunta come «esistente». A questa contraddizione si può tentare di trovare una soluzione terminologica, nel senso ad esempio di distinguere l'«essere» dall'«esistere». Tale soluzione è però considerata insoddisfacente da Weinberger, «poiché le esistenze, l'esistenza materiale e l'esistenza di sistemi di norme, sono entrambe essere (*Dasein*) nel tempo»⁷⁶.

Per Weinberger non di «essere» e di «dover essere» deve parlarsi, bensì di enunciati che esprimono un «essere» (enunciati descrittivi) e di enunciati che esprimono un «dover essere» (enunciati normativi). La distinzione tra enunciati descrittivi e enunciati normativi può sostenersi però sulla scorta di argomenti diversi. Tradizionalmente tale distinzione è affermata grazie all'argomento che segue. Mentre ai primi (agli enunciati descrittivi) – si dice – può attribuirsi un valore di verità, altrettanto non è possibile rispetto agli enunciati normativi. Gli enunciati descrittivi possono essere veri o falsi, gli enunciati normativi non possono essere né veri né falsi. Orbene, non è questa la strada battuta da Weinberger per distinguere gli enunciati descrittivi da quelli normativi. Weinberger attribuisce agli enunciati normativi un «valore» semantico che è in un certo senso analogo al valore di «verità» ascrivito dalla logica proposizionale agli enunciati descrittivi. E'

⁷⁴ O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p.112, trad. mia.

⁷⁵ Vedi *ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*. Trad. mia.

grazie a tale «valore» che Weinberger crede di poter giustificare ad esempio la concezione per cui due norme possono contraddirsi logicamente⁷⁷.

Weinberger ricostruisce la distinzione tra enunciati descrittivi ed enunciati normativi partendo da una sua teoria dell'azione. L'azione (umana) è – per lo studioso ceco – «un processo di elaborazione di dati»⁷⁸. Tale processo si fonda su due tipi distinti di informazioni: (a) informazioni teoretiche (descrizioni di stati di cose, informazioni nomico-causali); (b) informazioni pratiche (determinazioni di fini, valori, regole). Ora, dal punto di vista del soggetto agente – argomenta Weinberger – non è possibile ricavare alcuna «informazione pratica» a partire soltanto da una «informazione teoretica». Viene così riformulata la distinzione tra enunciati «descrittivi» e enunciati «normativi» e con questa anche la tesi della non-derivabilità dei secondi dai primi. Questa distinzione si pone – secondo Weinberger – sul piano semantico⁷⁹, e non impegna all'adozione di una qualche ontologia⁸⁰. Si potrebbe così, senza contraddirsi, adottare ad un tempo la teoria «ontologica» di Romano e quella «semantica» di Weinberger.

In realtà, su questo punto Weinberger è vicino a Romano più di quanto si potrebbe supporre a prima vista. Mi concentro sul pensiero di Weinberger – sia detto *en passant* –, perché sul punto della distinzione tra «essere» e «dover essere» MacCormick, come si è accennato sopra, è assai meno deciso.

Weinberger afferma ciò che egli chiama il «primato della prassi», ovvero il primato della sfera pratica (dell'agire) su quella teoretica (del conoscere)⁸¹, e in generale su quella linguistica (cioè sui vari tipi di enunciati, sulle informazioni «teoretiche» e «pratiche», e quindi anche sulle norme, le quali sono – per questo studioso – sempre formulabili in *enunciati* normativi ovvero in «informazioni pratiche»⁸²). Così per Weinberger le operazioni

⁷⁷ Vedi O. WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Springer, Wien-New York 1970, pp. 212 ss.

⁷⁸ O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 25.

⁷⁹ Vedi O. WEINBERGER, *Eine Semantik für die praktische Philosophie*, in *Beiträge zur Philosophie von Stephan Körner*, a cura di R. Haller, Rodopi, Amsterdam 1983, pp. 219 ss.

⁸⁰ Vedi O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 114. Ricordo a questo proposito che per lo studioso ceco l'ontologia ha soprattutto carattere stipulativo: vedi ad esempio O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 15.

⁸¹ Vedi O. WEINBERGER, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁸² Vedi O. WEINBERGER, *Die Bedeutung der Logik für die moderne Rechtstheorie*, cit., p. 91. Cfr. anche O. WEINBERGER, *The Role of Rules*, in «Ratio

logiche sono strumenti non solo del conoscere, ma anche dell'agire.⁸³ Quest'ultima tesi serve al filosofo ceco per giustificare la sua difesa di una specifica logica delle norme, contro la pretesa di costruire una logica deontica modellata bene o male sulla logica proposizionale⁸⁴. Ma la prassi è un «essere», e se ad essa vanno subordinati i vari tipi di enunciati, anche quelli normativi, quindi anche le norme (che esprimono un «dover essere»), si ha che il «dover essere» è anche qui «ricondotto» in qualche modo (o in qualche senso) all'«essere». Ciò risulta, a mio avviso, ancor più chiaramente dalla concezione della validità delle norme giuridiche delineata da Weinberger.

Weinberger da un lato rigetta la concezione della validità delle norme di certo realismo che la identifica con l'efficacia della norma stessa, e d'altro lato prende le distanze da Kelsen quando questi fa risalire la validità delle norme ad una norma inesistente, «presupposta» ma non posta, la *Grundnorm*. Alla concezione realistica Weinberger rimprovera di trascurare l'elemento normativo della validità. Alla «dottrina pura» di Kelsen Weinberger muove l'appunto di trascurare la necessità di un aggancio della validità delle norme con la realtà, vale a dire con processi reali empiricamente osservabili e constatabili⁸⁵. «Il diritto – scrive il filosofo ceco – non è valido (*gilt nicht*) in sé per sé, bensì sempre in connessione con processi comunicativi osservabili»⁸⁶.

Weinberger ricorre alla distinzione ben chiara nella *Reine Rechtslehre*, e presente – come si è già visto – anche nella dottrina di Romano, tra la validità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e la validità delle singole norme. La validità di una singola norma – secondo Weinberger – può accertarsi in prima istanza mediante il ricorso a quelli che egli definisce «criteri genealogici», e che sono quelli formali dell'accertamento del rispetto delle procedure e competenze necessarie e richieste per l'emanazione delle norme⁸⁷. Quando però si risale nell'«albero genealogico» delle norme, o nello *Stufenbau* (se si vuole ancora mantenere la terminologia kelseniana), allora i criteri formali non bastano più e deve accertarsi se le

Juris», 1988, p.225, dove leggiamo: «To follow a rule does not presuppose being explicitly aware of the rule or being able to formulate it in a linguistic form».

83 Vedi O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 116.

84 Vedi *ibidem*.

85 Vedi O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., pp. 37-38.

86 O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 111. Trad. mia.

87 Vedi *ivi*, pp. 122 e 124.

«norme fondamentali» del sistema giuridico di cui la norma in questione è parte sono elementi di istituzioni effettivamente esistenti⁸⁸. Così, anche nella teoria di Weinberger, dopo un cammino più o meno lungo, il «dover essere» della norma è «ricondotto» all'«essere» dell'«istituzione», sicché si riconosce la necessità – come dice Romano – di riportare il concetto di diritto «non alla forma del dover essere ma all'altra dell'essere»⁸⁹.

Un'ulteriore differenza tra la teoria di Romano e quelle di Weinberger e MacCormick – che può forse riconnettersi al loro diverso modo di pensare la distinzione tra «essere» e «dover essere» – è che il primo contrappone la concezione istituzionalistica a quella normativistica, mentre i secondi difendono un «istituzionalismo normativistico»⁹⁰ nel senso che «le istituzioni possiedono un nucleo che ha il carattere delle informazioni pratiche»⁹¹ ovvero delle norme. «Le istituzioni – scrive Weinberger – sono realtà che si collocano nel contesto dell'azione; esse costituiscono modelli d'azione, ambiti di azioni possibili, e organizzano l'interazione tra gli uomini. Perciò è necessario produrre regole che determinino il dover essere, il *licere* (*Dürfen*) e il *posse* (*Können*) (le competenze (*Ermächtigungen*)) degli attori»⁹². Istituzioni e norme sono così strettamente connesse, e le une non possono fare a meno delle altre. Non è però chiarita quale sia questa connessione e in cosa consista veramente la differenza tra norme e istituzioni.

La teoria neoistituzionalistica di Weinberger e MacCormick cade talvolta in una sorta di circolo vizioso. Le istituzioni infatti – per essa – sono la fonte di validità delle norme, e d'altra parte – secondo tale teoria – senza norme non è possibile avere istituzioni, nel senso che le prime (le norme) costituiscono una condizione di possibilità delle seconde (le istituzioni). La confusione è insomma, in questa teoria, tra ciò che costituisce un ambito d'azione e l'ambito d'azione stesso. Weinberger non distingue questi due momenti, così che l'«istituzione» talvolta è definita come «un ambito d'azione»⁹³, e talaltra come ciò che costituisce e produce o rende possibile

⁸⁸ Vedi ivi, p.122.

⁸⁹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 84.

⁹⁰ Vedi O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 14, e O. WEINBERGER, *Reine oder funktionalistische Rechtsbetrachtung?*, in *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, a cura di O. Weinberger e W. Krawietz, Springer, Wien-New York 1988, p. 219.

⁹¹ O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 117. Trad. mia.

⁹² *Ibidem*. Trad. mia.

⁹³ Vedi ad esempio O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 33: «Institutionen sind Rahmensystemen des menschlichen Handelns»; e O. WEINBERGER, *Norm und Institution. Eine Einführung in die*

tale ambito o che da esso consegue. «L'*interplay* tra individuo e società – scrive lo studioso ceco –, inteso nel contesto dell'azione, è il luogo delle istituzioni: le istituzioni rendono possibile questa interrelazione, e le istituzioni sono il risultato di queste relazioni e interazioni individual-sociali»⁹⁴. Altrove ci imbattiamo nell'affermazione secondo cui non solo le istituzioni ma anche le norme costituiscono una sfera dell'azione umana: «Le norme e le istituzioni giuridiche costituiscono (*bilden*) una cornice per l'azione delle persone»⁹⁵. Ciò non giova certo a chiarire in cosa il concetto di «istituzione» si differenzi da quello di «norma».

4. Il concetto di «istituzione». Una proposta

Nel paragrafo sesto del primo capitolo di questo saggio si è cercato di indicare le connessioni possibili tra teorie del significato, teorie della norma e teorie della validità. Alla teoria verificazionistica del significato corrispondono – si è detto – due concezioni della norma: (i) la norma come esclamazione priva di senso; (ii) la norma come previsione di un evento (comportamento) futuro. A queste due concezioni della norma corrispondono a loro volta – come si è tentato di mostrare – due diversi atteggiamenti rispetto alla validità delle norme stesse: (i) quello per cui il problema neppure si pone, giacché non è possibile «giustificare» (in questo caso attribuire validità a) un enunciato privo di significato; (ii) l'atteggiamento per cui la validità coincide con la verifica della previsione contenuta nella norma.

Alla teoria ideazionale del significato corrisponde – si è detto sopra – la concezione della norma come manifestazione di volontà o comando. Qui la norma sarà valida quando esprime effettivamente la volontà del soggetto che l'ha emanata. Alla teoria «pittorica» corrisponde invece una concezione per così dire «platonista» della norma, per la quale questa esiste (ed è valida) a prescindere da concreti comportamenti che si conformino alle norme. Infine, alla teoria comportamentistica del significato corrisponde – si è sostenuto – la concezione per cui la norma è un tipo particolare di

Theorie des Rechts, Manz, Wien 1988, p. 29: «Sie [le istituzioni] sind Handlungsrahmen».

⁹⁴ O. WEINBERGER, *Institutionentheorie und institutionalistischer Rechtspositivismus*, ora in O. WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., p. 151. Trad. mia.

⁹⁵ O. WEINBERGER, *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 34. Trad. mia.

stimolo linguistico. La validità in quest'ultima concezione finisce per coincidere con l'efficacia della norma.

Una volta rigettate le teorie del significato appena menzionate e adottata invece la teoria cosiddetta dell'«uso», nell'accezione chiarita nel paragrafo settimo del primo capitolo, per cui l'«uso» non è concepito come mera «regolarità», bensì è un comportamento o una serie di comportamenti regolati o retti da una o più norme, io credo che si possa giungere alle conclusioni seguenti intorno al concetto di regola o norma.

(A) Una regola, o una norma – uso qui questi due termini come sinonimi –, ha a che fare con una prassi, o meglio con la costituzione di una prassi. Weinberger esprime quest'idea dicendo che «il significato e l'uso delle regole nelle vite di coloro che usano un linguaggio sono connessi essenzialmente con l'azione»⁹⁶, ovvero che quella di «regola» o «norma» è una *action-relative notion*.

(B) Seguire una regola significa agire in modo dotato di senso. Il senso anzi risulta dalla conformità di un comportamento ad una certa regola. Un'espressione linguistica ha significato in tanto in quanto vi sono regole che ne disciplinano l'uso. Spesso un'azione è tale, è cioè una condotta dotata di senso, se vi sono norme che la regolano. Queste regole o norme, tanto quelle che si applicano alle espressioni linguistiche quanto quelle che «reggono» le azioni, non sono però il risultato di una regolamentazione che ciascuno si dà in modo del tutto privato e personale. Le regole costitutive di «significati» e «sensi» sono il risultato a loro volta di prassi o anche di «istituzioni». Scrive Wittgenstein: «Darum ist 'der Regel folgen' eine Praxis. Und der Regel zu folgen *glauben* ist nicht: der Regel folgen. Und darum kann man nicht der Regel 'privatim' folgen, weil sonst der Regel zu folgen glauben dasselbe wäre, wie der Regel folgen»⁹⁷.

(C) Regole e prassi sociali, ovvero norme e istituzioni, sono intimamente connesse. Si può anzi sostenere che certe regole o norme «costituiscono» certe prassi e istituzioni sociali. Per illustrare ciò si può far ricorso alla nozione di «regola costitutiva» formulata da John Searle. Come è noto, questi distingue tra «regole regolative» e «regole costitutive». Le prime non costituiscono l'oggetto su cui vertono, ovvero tale oggetto è indipendente dalla formulazione della norma. Le seconde invece «costituiscono» l'oggetto su

⁹⁶ O. WEINBERGER, *The Role of Rules*, cit., p. 225. Trad. mia.

⁹⁷ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p.128 (I, § 202). Corsivo nel testo.

cui vertono, vale a dire il loro oggetto non è indipendente dalla formulazione della regola. «Regulative rules regulate a preexisting activity, an activity whose existence is logically independent of the rules. Constitutive rules constitute (and also regulate) an activity the existence of which is logically dependent on the rules»⁹⁸. Significativamente Searle connette la distinzione tra «regole regolative» e «regole costitutive» ad un'altra distinzione da lui introdotta: quella tra «brute facts» e «institutional facts». Questa distinzione, ed in particolare il concetto di «fatto istituzionale», costituisce – come si è visto – l'humus teorico sul quale è sorto il neoistituzionalismo di MacCormick e Weinberger. I «fatti istituzionali» – secondo Searle – sono fatti che presuppongono certe «istituzioni». Il «fatto istituzionale» del matrimonio di Mr. Smith con Miss Jones è possibile grazie all'esistenza dell'«istituzione» del matrimonio. Del pari il fatto istituzionale del mio possesso di un biglietto di cinque dollari è resa possibile grazie all'«istituzione» del denaro. E le «istituzioni» sono sistemi di regole costitutive. «These institutions are systems of constitutive rules. Every institutional fact is underlain by a (system of) rule(s) of the form «X counts as Y in context C»»⁹⁹.

Per alcuni autori le norme costitutive sarebbero non solo condizione necessaria ma anche condizione necessaria e sufficiente di un certo stato di cose. Questa sembra essere – come si vedrà più avanti – la posizione di Gaetano Carcaterra. Questa certamente è la posizione difesa da Gregorio Robles: «La regola che afferma che la scacchiera consiste di sessantaquattro caselle non descrive un certo terreno di gioco e non ci dice nemmeno nulla sulle proprietà della scacchiera; *semplicemente costituisce* la scacchiera, vale a dire un campo d'azione per il gioco»¹⁰⁰. Questa concezione è però assai problematica, giacché deve attribuire alla norma poteri creativi propri, al di là della sua osservanza e realizzazione, i quali ovviamente implicano fortissime assunzioni metafisiche. Invero la presenza di una regola, se si intende questa come mera espressione linguistica ovvero come entità semantica, non ci dice ancora che esiste il corrispondente ambito d'azione e lo stato di cose su cui verte. E' necessario piuttosto riscontrare almeno un campione d'azione riconducibile a quel certo ambito per poter affermare la vigenza e l'efficacia della norma costitutiva di quell'ambito d'azione.

⁹⁸ J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 34.

⁹⁹ Ivi, pp. 51-52.

¹⁰⁰ G. ROBLES, *Was ist eine Regel?*, in *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, a cura di T. Eckhoff, L.M. Friedman, J. Uusitalo, Duncker & Humblot, Berlin 1986, p. 28, trad. mia, corsivo nel testo.

Propongo pertanto di adottare la seguente definizione di regola o norma costitutiva di una prassi (o «istituzione»). Una tale norma è la condizione di concepibilità (*ex ante*) e di percepibilità (*ex post*), e quindi di possibilità, di una sfera d'azione¹⁰¹. Tale sfera d'azione propongo di chiamare *istituzione*, allorquando le possibilità di azione in essa contenute siano nel tempo effettivamente sfruttate (o realizzate). Il concetto di «istituzione» così definito è vicino a quello di «praxis» presente nel lessico usato da Amedeo Giovanni Conte¹⁰². L'istituzione è qui una *praxis effettiva*. La definizione di «norma» sopra formulata non si applica invero a tutte le norme di un sistema normativo, ma soltanto a quelle «fondamentali» (in un senso che si chiarirà in séguito).

A tale visione della norma corrisponde la seguente concezione della validità. Una norma è valida se e solo se la sua enunciazione o formulazione (i) è condizione di possibilità di una *istituzione* (nel senso di cui si è appena detto), oppure (ii) è autorizzata da una delle norme *sub* (i), o anche è logicamente deducibile dal contenuto semantico di queste, oppure è argomentativamente giustificabile con riguardo a tale contenuto.

A questo punto bisogna delucidare da un lato il concetto di «norma fondamentale» (cui si è accennato) e dall'altro quello di «istituzione». Innanzitutto – a mio avviso – vanno distinti due tipi di norme: (a) quelle «fondamentali» che sono condizione di possibilità dell'«istituzione», e (b) quelle «inferiori» che possono derivarsi per via d'inferenza logica, o per delegazione di poteri (quella che Kelsen chiama *Ermächtigung*), dalle «norme fondamentali». Tale distinzione trova argomenti a suo favore in un noto articolo di John Rawls, *Two Concepts of Rules*.

Anche Rawls, come Wittgenstein, muove dalla constatazione della connessione tra regole o norme e prassi. «Rules – scrive Rawls – are not generalizations from the decisions of individuals applying the utilitarian principle directly and independently to recurrent particular cases. On the contrary, rules define a practice»¹⁰³. Si badi però che queste regole – secondo Rawls – non servono solo (i) a «definire» la prassi, ma anche (ii) ad ap-

¹⁰¹ Qui faccio mie idee contenute negli scritti di Amedeo Giovanni Conte. Vedi ad esempio A.G. CONTE, *Materiali per una tipologia delle regole*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1985, pp. 345 ss.

¹⁰² Vedi ad esempio A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, a cura di F. Castellani, UCT, Trento 1981, pp. 65 ss.

¹⁰³ J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, ora anche in *Theories of Ethics*, a cura di Ph. Foot, Oxford University Press, Oxford 1970, p. 163.

prenderla (e quindi a impegnarsi in essa), e (iii) a correggere il comportamento di coloro che si impegnano in quella certa prassi. Lo stabilirsi di una prassi comporta – secondo Rawls – «the specification of a new form of activity»¹⁰⁴. Le norme della prassi poi non vengono seguite sulla base di considerazioni utilitarie o di calcolo prudenziale: «a practice necessarily involves the abdication of full liberty to act on utilitarian and prudential grounds»¹⁰⁵.

Questa concezione delle norme, che Rawls definisce *practice conception*, è contrapposta a quella che è detta la *summary view*. Secondo quest'ultima concezione «rules are pictured as summaries of past decisions arrived at by the direct application of the utilitarian principle to particular cases»¹⁰⁶. Rawls fa sua la *practice conception* e distingue ancora tra (i) «a practice», e (ii) «a particular action», e quindi tra (i) «rules of practice», e (ii) «particular rules to particular cases»¹⁰⁷. La conclusione di Rawls, il cui problema fondamentale è qui la «giustificazione» di queste pratiche, azioni e regole, è che un'argomentazione utilitaristica può «giustificare» una prassi e le regole che la definiscono e costituiscono, ma non può applicarsi alle azioni e alle regole particolari che sono una specificazione di una certa prassi. La «giustificazione» delle azioni e regole particolari si dà – secondo Rawls – sempre nei termini della prassi di cui esse sono una specificazione, ricorrendo cioè alle regole di quella prassi di cui l'azione o la regola in questione rappresentano un'applicazione.

Secondo Rawls il problema della «giustificazione» si pone propriamente soltanto per ciò che concerne la prassi. Così, se un bambino domanda al proprio padre perché il vicino di casa è stato messo in galera, il padre risponderà che quello è stato arrestato in quanto condannato da un tribunale, facendo riferimento a una regola della «prassi» del diritto penale. Ma se il bambino domandasse «perché c'è la galera?», la risposta del padre non potrà più fare riferimento alle regole di una «prassi», ma dovrà ricorrere ad una giustificazione di tipo strettamente morale, eventualmente ad un'argomentazione di tipo utilitaristico come: per proteggere la brava gente dai delinquenti¹⁰⁸.

104 Ivi, p. 162.

105 *Ibidem*.

106 Ivi, p. 158.

107 Vedi ivi, p. 146.

108 Vedi *ibidem*.

Orbene, la distinzione di Rawls tra «regole di una prassi» e «regole particolari» è simile a quella, da me proposta, di «norme fondamentali» e «norme inferiori». Le prime sono le norme che «definiscono» e «costituiscono» la prassi in questione, ovvero – secondo la definizione data sopra – l'«istituzione». Le norme «inferiori» sono le regole che si applicano alle azioni che si danno nel quadro dell'«istituzione» resa possibile dalle «norme fondamentali».

Una norma allora è valida, se «fondamentale», se e in quanto l'«istituzione» di cui è condizione di possibilità esista effettivamente nella realtà, ovvero si diano le azioni particolari che quelle norme rendono pensabili e possibili. Se «inferiore», una norma è valida, se e in quanto essa sia correttamente derivata (A) per via d'inferenza logica, e (B) per delegazione normativa da una norma «fondamentale». (B) corrisponde, come si è detto, alla *Ermächtigung* di Kelsen¹⁰⁹. (A) corrisponde invece a quello che Ota Weinberger chiama il principio della «covalidità» o *Mitgeltung*¹¹⁰. Come ho detto, propongo di chiamare «istituzione» quella sfera d'azione della quale una o più norme sono condizione di possibilità, allorquando tale possibilità sia effettivamente sfruttata. In questa mia proposta il concetto di «norma» e quello di «istituzione» non coincidono, rimangono anzi ben distinti.

Si consideri la definizione di «istituzione» dataci da John Rawls in *A Theory of Justice*: «Now by an institution I shall understand a public system of rules which defines offices and positions with their rights and duties, power and immunities, and the like»¹¹¹. In tale definizione il concetto di norma e quello di istituzione vengono sovrapposti. Tale confusione può avere due esiti: (a) da un lato la tesi secondo cui l'enunciazione di enunciati normativi è sufficiente a dar vita ad una «istituzione»; (b) d'altro lato una definizione circolare del concetto di «istituzione». (a) può avere delle conseguenze paradossali, come quella ad esempio di sostenere che una costituzione formulata solo sulla carta dia vita al corrispondente regime costituzionale. Si incorrerebbe così a ragione nel rimprovero, fatto spesso ai teorici delle regole costitutive da studiosi di orientamento reali-

109 Vedi ad esempio H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II ed., Deuticke, Wien 1960, pp. 15-16, pp. 57-58, pp. 150 ss.

110 Vedi O. WEINBERGER, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, cit., pp. 67, 103.

111 J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971, p. 55.

stico, di attribuire agli enunciati linguistici una «forza magica» tale che essi siano in grado *da soli* di produrre entità extralinguistiche¹¹².

Si consideri ancora quanto scrive Rawls: «An institution exists at a certain time and place when the actions *specified by it* are regularly carried out in accordance with a public understanding that the system of rules defining the institution is to be followed»¹¹³. Tale affermazione è problematica. Si afferma infatti l'esistenza di una istituzione quando le azioni che sono «specificate» (indicate o segnalate specificamente) da questa sono effettivamente messe in atto (con la coscienza della loro obbligatorietà, una sorta di *opinio iuris ac necessitatis*). Ma le azioni possono essere «specificate» da un'istituzione solo se questa è già in qualche senso esistente. L'istituzione è qui esistente quando... è esistente.

Una strada per evitare quest'esito tautologico è quella di limitarsi ad affermare che un'«istituzione» non è nient'altro che *un sistema di norme*; questa ad esempio sembra essere l'opinione di John Searle¹¹⁴. Ma se è così, si perde ancora una volta la distinzione tra i due concetti di «norma» e di «istituzione», ovvero si trasforma quest'ultima in un «ordinamento», un complesso più o meno logicamente coordinato di enunciati normativi. Sorge però a questo punto la domanda seguente: posto che per «istituzione» si intende una realtà extralinguistica, e che l'«istituzione non è che un «sistema di norme», in che senso un sistema di norme solo pensato o scritto sulla carta costituisce una «istituzione»?

Un'altra strada per evitare l'esito tautologico di cui sopra può essere indicata da una distinzione, a mio avviso assai opportuna, tra (i) le azioni rese *possibili* da una o più norme, e (ii) le azioni rese possibili da una o più norme, *effettivamente eseguite*. Soltanto queste ultime azioni, di cui la norma è condizione sì necessaria ma non sufficiente, ci danno ciò che, a mio avviso, va propriamente definito «istituzione». Le norme cioè producono *possibilità* di azioni, non le azioni stesse. Ciò è detto molto bene da Riccardo Guastini: «Ciò che i sistemi normativi costitutivi producono è solo la *possibilità* di eventi, situazioni, oggetti ed attività. (Le regole di un gioco, ad esempio, sono produttive non già di attività ludiche, ma di un

112 Cfr. ad esempio quanto scrive R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in AA. VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano 1983, p. 170.

113 J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 55. Corsivo mio.

114 Vedi J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., p. 51.

sistema ludico, che è appunto un sistema di regole)»¹¹⁵. Se si adotta la distinzione appena menzionata non si incorrerà nella critica realistica, e si sarà evitata la confusione, fonte di molti equivoci, tra norme e «istituzioni». Le «istituzioni» sono non sistemi di regole o norme, bensì sistemi di possibilità di azione concretamente sfruttate.

Non mi pare condivisibile l'opinione di Gaetano Carcaterra – cui forse si è ispirata la posizione sopra menzionata di Gregorio Robles – secondo il quale le norme costitutive produrrebbero di per sé lo stato di cose sul quale esse vertono. «Le norme di cui ci occupiamo – scrive Carcaterra a proposito delle norme costitutive – producono l'effetto che è il loro scopo e il loro contenuto, *realizzandolo da sé*: lo costituiscono – ecco la loro caratteristica – nel momento stesso della loro entrata in vigore»¹¹⁶. «La norma costitutiva è un dover essere [...] che si identifica con l'essere, che con sé attua subito il suo stesso contenuto [...]. Normazione e realizzazione coincidono [...]; la realtà contemplata è immediatamente prodotta». «Nel fenomeno della costitutività – scrive ancora Carcaterra – l'atto normativo e l'atto della sua esecuzione coincidono»¹¹⁷. Per l'elaborazione del suo concetto di «norma costitutiva» Carcaterra si rifà più che al concetto di *constitutive rule* di Searle (che è condizione di possibilità di ciò su cui verte, ma che non produce immediatamente il suo oggetto), al concetto di *performative utterance* proposta da John Langshaw Austin. Carcaterra costruisce le sue «norme costitutive» sul modello degli enunciati performativi di Austin, i quali – come è noto – mediante la loro semplice enunciazione producono l'oggetto su cui vertono. (Così, ad esempio, l'enunciato «prometto che *p*» produce immediatamente la promessa di *p*).

Le tesi di Carcaterra non mi convincono. Le norme, a mio avviso, non hanno il potere di modificare situazioni reali, se non a condizione di essere seguite o osservate o «sfruttate», ovvero a condizione che un comportamento umano vi si conformi, o si dia, prendendo quelle norme come modello, o sfrutti le possibilità d'azione offerte dalle norme. Per confortare la sua tesi dell'immediata produttività di effetti delle norme costitutive (a prescindere da ogni altro intervento umano), Carcaterra fa l'esempio dell'articolo 45 del codice civile italiano, che recitava prima che fosse sostituito dall'articolo 1 della legge 19 maggio 1975 n.151 sulla riforma del diritto di famiglia: «La moglie che non è legalmente separata ha il

¹¹⁵ R. GUASTINI, *op.ult.cit.*, p. 171. Corsivo nel testo.

¹¹⁶ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, edizione provvisoria, Giuffrè, Milano 1974, pp. 60-61. Corsivo mio.

¹¹⁷ Ivi, pp. 100, 106. In merito, cfr. G. AZZONI, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, CEDAM, Padova 1988, pp. 55-56, pp. 61 ss.

domicilio del marito ecc.». Orbene, cosa significa «avere il domicilio» in un certo luogo? Significa che, a certi fini, certi documenti indicheranno che un determinato soggetto risiede in quel certo luogo, che a quel certo luogo saranno indirizzati delle comunicazioni dirette a quel determinato soggetto, ecc. Intendo dire che «avere il domicilio» non è uno stato di cose, se esso non è confortato da azioni e comportamenti conformi ad esso. Non è del tutto esatto sostenere dunque che una norma costitutiva produce *di per sé*, per sua forza intrinseca, uno stato di cose, *a prescindere da ogni ulteriore intervento o comportamento umano*¹¹⁸. Senza ulteriori comportamenti umani, conformi alle, o costituentesi mediante le, norme in questione, queste non sarebbero nient'altro che *flatus vocis*. Il rapporto tra norme e azione è, a mio avviso, simile a quello che si dà tra testo teatrale e rappresentazione teatrale. Teatro, fenomeno teatrale, si ha solo allorquando il testo è rappresentato, si verifica cioè una «azione teatrale». Parimenti diritto, fenomeno giuridico, si ha, solo allorquando le norme sono «rappresentate», quando cioè si dà un'azione secondo o mediante norme.

Poniamo il caso che io con alcuni amici mi immagini le regole di un nuovo gioco. Queste regole vengono attentamente elaborate e poi redatte per iscritto. Ciò non basta però, se si adotta la definizione di «istituzione» da me proposta, perché si possa sostenere che quelle regole costituiscono una «istituzione». Soltanto allorquando il gioco viene effettivamente e ripetutamente giocato, e le azioni rese possibili dalle regole di esso sono eseguite, potrà dirsi che quel gioco è un'«istituzione».

L'«istituzione» in questo senso rappresenta una porzione di «essere», che però non può essere concepito alla stessa stregua dell'«essere» dei corpi fisici (dei corpi celesti, ad esempio) od anche degli organismi viventi (una cellula, poniamo). Si tratta di una realtà tipicamente umana, culturale, che è normativamente fondata: essa è cioè resa possibile dalla produzione (consua o inconscia) di norme o regole, e fa senso con riferimento a queste. Si pensi ad un qualsiasi linguaggio naturale; questo costituisce uno spezzone di realtà, uno spazio significante dell'azione umana (il pensare, il comunicare, il deliberare). Tale realtà, il pensare e il comunicare, poniamo in italiano, è possibile *grazie* alle regole della lingua italiana.

Si giunge così, secondo la prospettiva istituzionalistica qui adottata, ad una teoria della validità, che profila una sorta di fusione di «essere» e

¹¹⁸ Per una critica dell'idea di Carcaterra secondo cui le regole costitutive producono immediatamente l'oggetto su cui vertono, vedi R. GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1983, pp. 563-564.

«dover essere». L'«essere» di un'«istituzione» dipende qui dal «dover essere» delle norme, e viceversa il «dover essere» delle norme trae la sua giustificazione (la sua validità) ultima dall'«essere» dell'«istituzione»¹¹⁹. E' questa del resto quella che Weinberger definisce come la tesi ontologica fondamentale del suo istituzionalismo normativistico: «Es besteht eine wesenhafte Verbindung zwischen Institution und institutionellen Tatsachen auf einer Seite und praktischen Informationen (Normen-, Zweck- und Wertsystemen) auf der anderen Seite»¹²⁰. Si noti che questo «ricondere» l'«essere» al «dover essere» e viceversa non inficia necessariamente la tesi metaetica noncognitivistica né la tesi metodologica della *Wertfreiheit* della scienza, là dove si intenda la «grande divisione» come distinzione *semantica* e non ontologica. D'altra parte, quando si dice che il «dover essere» delle norme è ricondotto all'«essere» dell'istituzione non si afferma nient'altro che: sono norme solo le norme *esistenti*, ovvero le norme che «devono essere» non sono altro che le norme che «sono», o che – nella prospettiva qui adottata – costituiscono delle possibilità d'azione effettivamente sfruttate, e «precipitate» (come direbbe Giuliano Di Bernardo¹²¹) nelle «istituzioni».

La validità del diritto, ovvero delle norme giuridiche o più in generale sociali, dipende dal loro rapporto con l'istituzione corrispondente. «Le norme sociali sono valide – cioè sono esistenti come fatti sociali –, scrive Weinberger, solo quando esse come meccanismi regolativi determinano il funzionamento dell'istituzione corrispondente. Per validità di una norma sociale si intende l'esistenza di un efficace collegamento della norma con l'istituzione corrispondente»¹²². La validità delle norme sociali e giuridiche dipende così dall'esistenza di determinati stati di cose, e non può pertanto dipendere da criteri assolutamente normativi come principi e regole morali. «Die Geltung des Rechts – scrive l'autore ceco – kann nicht von Wertkriterien abhängig gemacht werden»¹²³. Né la validità può farsi dipendere dall'esistenza di un atto di volontà (dell'atto di emanazione di

¹¹⁹ La correlazione di «essere» e «dover essere» qui affermata è simile alla correlazione di *Sein* e *Sollen* di cui parla Amedeo Conte a proposito delle «regole eidetico-costitutive deontiche» (il *Sein* di ciò che esse regolano è determinato dal *Sollen* delle regole stesse, che proprio per questo sono *costitutive*).

¹²⁰ O. WEINBERGER, *Institutionentheorie und institutionalistischer Rechtspositivismus*, cit., p. 149.

¹²¹ Vedi G. DI BERNARDO, *Il ruolo delle regole costitutive e prescrittive nella costruzione della realtà sociale*, in «Nuova civiltà delle macchine», 1985, n. 3-4, p. 38.

¹²² O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1990, p. 100. Trad. mia.

¹²³ Ivi, p. 104.

una norma). «Il diritto vigente (*geltendes Recht*) non ha origine soltanto mediante atti decisionali espliciti che statuiscono ciò che è diritto, ma anche mediante l'affermarsi di una prassi, di comportamenti consuetudinari, che possono essere istituzionalizzati come condotte dovute. Va comunque respinta la posizione estrema del positivismo centrato sulla statuizione, il quale riconosce l'esistenza d'una norma solo nel caso in cui si sia dato un previo esplicito atto di volontà produttivo della norma di contenuto corrispondente»¹²⁴.

Ciò non conduce però all'identificazione di validità ed efficacia della norma. Istituzione e norme rimangono entità separate o separabili. Ciò che si richiede per la validità delle norme è certo l'esistenza dell'istituzione corrispondente, dunque se si vuole la sua «efficacia» o «effettività». La norma però può essere valida, anche se non efficace. O meglio, per ciò che concerne le norme «fondamentali» dell'istituzione, validità ed efficacia tendono a coincidere. Ma per tutte le altre norme, le norme derivate o «secondarie», non è necessario né è possibile che validità ed efficacia coincidano.

La critica alla teoria volontaristica della validità, il rigetto – almeno al livello delle norme «secondarie» – della confusione di validità ed efficacia, e il rigetto della sovrapposizione di criteri di validità e di criteri di moralità, il rinvio infine, per la determinazione dei criteri di validità, alle norme «fondamentali» effettivamente vigenti in quanto corrispondenti all'istituzione considerata, non implicano necessariamente – secondo Weinberger – l'accettazione di principi della moralità positiva (socialmente vigente) come criteri di validità giuridica. Ciò è dovuto in parte alla difficoltà di individuare *una sola* moralità positiva, e quindi alla necessità di mantenere aperta la possibilità di trascendere questa (di metterla in questione, di criticarla). Il neoistituzionalismo «non accetta nemmeno la validità sussidiaria della morale come criterio tra altri di determinazione del «giuridico», giacché non v'è *la* morale sociale, e tutti i principi morali comunemente accettati possono essere controversi»¹²⁵.

Nella prospettiva istituzionalistica qui adottata si finisce in fin dei conti per sostenere una tesi assai meno controversa di quanto possa sembrare a prima vista: che le norme che costituiscono un'«istituzione», quelle che abbiamo chiamato sopra «fondamentali», sono valide perché efficaci. Questa tesi riecheggia quella assai nota di Kelsen per il quale la validità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso coincide con la sua effettività.

¹²⁴ *Ibid.* Trad. mia.

¹²⁵ *Ibid.* Corsivo nel testo. Trad. mia.

Potrebbe sembrare che accogliendo questa tesi si ricada in una visione anti-normativistica della realtà sociale e del diritto. Non è così, giacché secondo la prospettiva istituzionalistica cui qui si fa riferimento l'efficacia delle norme, l'osservanza di queste, si attua mediante azioni rese possibili dalle norme stesse in uno spazio d'azione costituito da queste. Questo punto mi sembra essere già abbastanza chiaro nella teoria di Weinberger, dalla quale io qui muovo. «La validità delle norme sociali – egli scrive – si basa sulla loro relazione con istituzioni. La norma, per esempio una norma giuridica, esiste nella realtà sociale proprio allorquando essa si trova in relazione funzionale con delle istituzioni. La validità di una norma giuridica non è né una aspettativa sulla base di una previsione riguardo al comportamento futuro dei tribunali – come sostengono alcuni giusrealisti – né è mera esistenza ideale sulla base di una presunzione (come afferma il normativismo puro), bensì poggia sull'essenziale fusione di norma e realtà che ha luogo nell'istituzione»¹²⁶. La validità della norma rinvia qui all'esistenza (efficacia) dell'istituzione, la quale ultima non è però data da una somma di «fatti bruti» o di mere regolarità di comportamento, bensì è resa possibile (e conoscibile) mediante un certo corpo di norme fondamentali.

Nella definizione che io propongo di «istituzione» questa non è intesa come un modello di comportamento particolarmente stabile e, come anche si dice in sociologia, «istituzionalizzato», così che si possa contrapporre a comportamenti ancora fluidi e non regolati (grosso modo il «movimento» di cui parla Francesco Alberoni) comportamenti «cristallizzati» o retti da norme (l'«istituzione» di Alberoni¹²⁷). A mio avviso tutti i modelli di comportamento effettivamente seguiti sono «istituzioni». D'altro lato, non si danno modelli di comportamento o sfere di azione a prescindere da un sistema di norme che quei modelli prescriva e che sia condizione di possibilità di quelle sfere di azione.

Ciò non implica, tuttavia, una sottovalutazione dell'elemento della stabilità nell'ambito delle sfere d'azione. Come scrive Wittgenstein, «un giuoco linguistico è una cosa che consiste di azioni del giuoco ripetute nel tempo»¹²⁸. Una sfera d'azione è praticabile, può cioè essere «sfruttata», solo allorquando essa è stabile nel tempo. Ciò per almeno due ragioni: innanzitutto perché un'azione è un evento che si sviluppa nel tempo, e

¹²⁶ O. WEINBERGER, *Soziologie und normative Institutionentheorie. Überlegungen zu Helmut Schelskys Institutionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionenontologie*, cit., pp. 192. Trad. mia.

¹²⁷ Vedi F. ALBERONI, *Movimento e istituzione. Teoria generale*, Il Mulino, Bologna 1981, ad esempio pp. 223 ss.

¹²⁸ L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. cit., p. 84.

quindi richiede delle condizioni costanti, un quadro di riferimento fisso; e poi perché le azioni sono spesso tra loro interdipendenti, connesse da aspettative reciproche, le quali sarebbero frustrate – e vanificherebbero la prospettiva dell'azione – se non potessero contare su uno spazio stabile all'interno del quale sia possibile progettare, intraprendere e portare a termine certe azioni¹²⁹.

In merito al problema del rapporto tra «istituzione» e «istituzionalizzazione» mi pare si possa condividere quanto scrive Ota Weinberger. «Per ciò che concerne il fenomeno dell'istituzionalizzazione la stabilizzazione relativa delle forme di comportamento viene vista per lo più come il fatto essenziale. A mio parere, però, bisogna porre l'accento soprattutto sul fatto che le istituzioni hanno carattere pratico, che sono cioè sistemi di azioni, e si costituiscono intorno ad un nucleo di informazioni pratiche. A tal riguardo, naturalmente, da un punto di vista sociologico la questione della stabilizzazione relativa gioca un ruolo essenziale. Ciò consegue già dal fatto che le istituzioni sono sistemi di azioni, giacché l'attività pratica richiede una certa quantità di ambiti stabili»¹³⁰.

Weinberger fa a questo proposito un esempio. Si faccia il caso di due bambini che decidono di giocare a pallone su di un prato. Il loro comportamento è regolato dalle regole del gioco del calcio, e il loro gioco costituisce una «istituzione», anche se nel caso in esame l'azione dei due bambini ha una durata limitata. «Propendo – conclude in merito lo studioso ceco – per la concezione secondo cui la natura delle istituzioni e quella del processo sociale dell'istituzionalizzazione vanno trattate come due questioni distinte, seppure spesso connesse tra loro. Anche nel caso di situazioni individuali ha origine un sistema di regole dell'interazione, che può essere considerato una istituzione a prescindere dal fatto che esso si costituisca in un organismo duraturo e stabile. Interazioni e comunità *ad hoc* non possono essere escluse dall'ambito della teoria delle istituzioni, poiché esse costituiscono spazi di azione in maniera analoga a quella delle istituzioni stabili»¹³¹.

¹²⁹ Cfr. N. MacCORMICK, *Institutions, Arrangements and Practical Information*, cit., pp. 73 ss.

¹³⁰ O. WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, cit., p. 118. Vedi anche O. WEINBERGER, *Institutionentheorie und institutionalistischer Rechtspositivismus*, cit., pp. 151-152. Trad. mia.

¹³¹ O. WEINBERGER, *Soziologie und normative Institutionentheorie*, cit., p. 191. Trad. mia.

5. Forza vincolante e obbligatorietà delle norme

Weinberger e MacCormick non si sono occupati particolarmente del problema, croce e delizia di generazioni di filosofi e teorici del diritto, della cosiddetta forza vincolante delle norme. Credo nondimeno che la prospettiva istituzionalistica possa fornire delle indicazioni utili anche a questo proposito. Weinberger, ad esempio, qui e là nega che l'obbligatorietà delle norme sia un prodotto delle sanzioni che conseguirebbero alla violazione della norma. «Soziologisch grundfalsch – egli scrive – ist aber die Meinung, daß regelkonformes Verhalten nur durch Motivatoren – Belohnung, Strafe, Zwangsmaßnahmen – erreicht werden kann»¹³². Lo studioso ceco critica ripetutamente la concezione secondo cui si osserverebbe una norma solo per calcolo prudenziale o utilitario, vale a dire per evitare una sanzione (un danno) o per guadagnarsi una ricompensa o per trarne comunque un profitto. «Es wäre falsch, das Wirken heteronomer Normen nur als Utilitätsreaktion auf Straf- oder Belohnungserwartungen zu betrachten»¹³³.

In particolare, la prospettiva istituzionalistica ci permette, io credo, di sfuggire ad una soluzione più volte offerta in teoria del diritto (penso ad esempio da un lato all'«idealismo assoluto» di Julius Binder¹³⁴, e dall'altro al realismo giuridico di Olivecrona¹³⁵), la quale finisce per concepire la «forza vincolante» come una sorta di obbligatorietà morale. Tale soluzione ha, a mio avviso, degli esiti paradossali. Invero – si noti – tutte le norme vigenti, non soltanto quelle giuridiche, sono vincolanti. Ciò è detto in maniera assai chiara da Hermann Kantorowicz: «The most widely spread, but often unconscious, misuse of the term 'law' is to restrict it to (*absolutely*) binding rules. This quality is often called validity (*Geltung*), i.e. obligatory character, but obligatory character of some kind or degree is of course inherent in *any* rule, not only in those of law»¹³⁶. D'altro lato, se

¹³² O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 104. Ed è questo uno dei punti in cui l'autore ceco prende le distanze da Kelsen (cfr. ad esempio H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911, p. 202).

¹³³ O. WEINBERGER, *Die formal-finalistische Handlungstheorie und das Strafrecht*, ora in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik*, cit., p. 132.

¹³⁴ Vedi ad esempio J. BINDER, *Zur Lehre vom Rechtsbegriff*, in «Logos», 1929, pp. 1-35.

¹³⁵ Vedi ad esempio K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen 1939, p. 14, secondo cui la forza obbligatoria del diritto sarebbe «a certain feeling of being bound by the law» (corsivo nel testo). *Contra* M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, cit., pp. 155-156.

¹³⁶ H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, a cura di A.H. Campbell, Cambridge University Press, Cambridge 1958, p. 16, corsivo nel testo.

tutte le regole o norme vigenti sono «vincolanti», di certo non tutte queste sono vincolanti anche «moralmente».

Si pensi ad esempio al gioco degli scacchi. Non v'è dubbio che giocando a scacchi io sia «vincolato» dalle regole di questo gioco. Ma vi sono vincolato «moralmente»? E l'infrazione delle regole degli scacchi è forse un'infrazione morale? Posso certo tentare di imbrogliare il mio avversario, facendo muovere inosservato un cavallo come un alfiere. Questo probabilmente può essere detto un comportamento immorale. Ma l'immoralità di esso risulta dalla violazione delle regole degli scacchi, o non piuttosto dalla violazione della fiducia reciproca (per cui si confida che l'altro si condurrà lealmente) che è in qualche misura condizione di ogni gioco, e, oserei dire, di ogni relazione sociale?

L'esito paradossale della teoria che configura la forza vincolante delle norme in termini di obbligatorietà morale appare ancora più chiaro se quella teoria è applicata alle regole dei linguaggi naturali. In che senso può dirsi che sono obbligato moralmente, quando enuncio una proposizione in lingua tedesca, a porre il verbo sempre in seconda posizione? E il principiante, che commette ripetutamente strafalcioni nel parlare la lingua di Goethe, commette forse degli atti immorali? Si potrà obiettare che la teoria di cui qui è questione è intesa solo con riferimento alle norme *giuridiche*. Orbene, anche in tal caso non mancano gli esiti paradossali. In che senso può dirsi ad esempio che le cosiddette «leggi di Norimberga» del 1935 (valide ed efficaci entro il sistema giuridico nazionalsocialista) fossero moralmente obbligatorie? Le teorie che affermano la forza vincolante in senso morale delle norme giuridiche rischiano così di sovrapporre il punto di vista *normativo* e il punto di vista *morale*, i quali invece rimangono distinti. Se non lo fossero infatti, non potremmo in fin dei conti distinguere diritto e morale, e, quel che è più grave, non potremmo affermare la vigenza di una norma senza predicarne la moralità. Come scrive Wittgenstein, «una volta che ho afferrato una regola sono vincolato in quello che farò in seguito. Ma questo naturalmente significa soltanto che sono vincolato nei *giudizi* che pronuncerò su quel che è conforme alla regola e su quel che conforme non è»¹³⁷. Il punto di vista *normativo* è certo una *species* di cui fa parte il *genus* del punto di vista *morale*. Non ogni punto di vista «normativo» rappresenta un punto di vista «morale», benché quest'ultimo sia certamente un punto di vista «normativo». Quello morale è un punto di vista *normativo forte* o fortissimo, caratterizzato da una dose altissima di *controfattualità*.

¹³⁷ L. WITTGENSTEIN, *Osservazioni sopra i fondamenti della matematica*, trad., it. di U. Trinchero, II ed., Einaudi, Torino 1988, p. 299. Corsivo nel testo.

Propongo di distinguere (i) una forza vincolante «oggettiva», e (ii) una forza vincolante «soggettiva» delle norme. La prima è connessa al carattere costitutivo di queste. Si consideri il brano seguente tratto da *La storia come esperienza giuridica* di Guido Fassò: «Se io ho, in base alla mia diretta o indiretta esperienza, motivo per ritenere che l'esistenza di una famiglia, di uno Stato, di una banda, ecc., fino allo stesso consorzio umano, è subordinata al compimento da parte dei loro membri di certi atti, io, se e quando sceglierò di esserne membro, mi proporrò astrattamente quegli atti e successivamente li compirò in quelle determinate circostanze nelle quali mi troverò a compierli, applicando così quella che, per me, è la legge (teoretica e pratica ad un tempo) della famiglia, dello Stato ecc.»¹³⁸. All'interno dello spazio d'azione creato dalle norme, queste sono vincolanti in tanto in quanto l'osservanza d'esse è una condizione perché quello spazio di realtà continui ad esistere. Abbiamo detto infatti che una «istituzione» esiste non meramente quando vi sono delle norme che costituiscono delle possibilità d'azione, ma solo quando tali possibilità vengono effettivamente e ripetutamente «sfruttate». Una istituzione può venire perciò ad estinguersi per *desuetudine*, per il fatto cioè che non vi sono più comportamenti che sfruttino le possibilità aperte dalle norme in questione.

Chi sceglie un certo corso d'azione, in questa prospettiva, è vincolato dalle regole che rendono possibile l'azione stessa. Colui che agisce entro un certo spazio di realtà, chi gioca a scacchi ad esempio, è vincolato *oggettivamente* al rispetto delle regole degli scacchi, a pena di fuoriuscire dal gioco stesso e di non compiere l'azione che pure si intende eseguire. Tale «necessità» del rispetto delle norme (costitutive) è delucidata da Giuliano Di Bernardo. «In ogni passo del processo che porta alla realizzazione di un certo progetto – scrive Di Bernardo –, l'agente, se vuole mantenere la carica che gli compete, è obbligato a rispettare le regole che definiscono le funzioni relative. Si tratta di condizioni necessarie e sufficienti affinché quell'agente sociale svolga le funzioni del ruolo che ricopre. Si può dire anche che tale obbligo ha più il carattere di una modalità atletica (la necessità di fare così e così, o l'impossibilità di fare così e così), che di obbligo nel senso deontico vero e proprio»¹³⁹.

La forza vincolante «soggettiva» coincide, a mio avviso, con la motivazione, o movente, ad agire in un certo modo. Il motivo psicologico principale per il quale si osservano le norme è, in questa prospettiva, quello per

¹³⁸ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 60-61.

¹³⁹ G. DI BERNARDO, *Il ruolo delle regole costitutive e prescrittive nella costruzione della realtà sociale*, cit., pp. 37-38. Vedi anche G. DI BERNARDO, *Le regole dell'azione sociale*, Il Saggiatore, Milano 1983, p. 181.

cui si vuole «entrare» nella sfera di realtà sociale che quelle norme costituiscono. Ciò ha che fare anche con il problema della costruzione dell'identità sociale del soggetto, tenuto conto che «l'agire individuale è prevalentemente *identity-oriented*, centrato, cioè, sul processo di costruzione dell'identità individuale (fare per essere)»¹⁴⁰. L'identità del soggetto non è «data», ma «costruita» e spesso «conquistata».

Si consideri l'esempio seguente. Un famoso docente universitario di ritorno in aereo dall'Argentina precipita per un incidente in Amazzonia. E' l'unico sopravvissuto dei suoi compagni, e si ritrova nel bel mezzo di una tribù di indiani Guaranì. La sua vecchia identità di dotto e stimato intellettuale è d'un colpo svanita, giacché egli si trova in un contesto sociale, in un ambito di azione, del tutto diverso da quello entro il quale egli si era costruito la sua identità di docente universitario. Certo, questo esempio è, per dirla con Alessandro Pizzorno, una *reductio ad Amazoniam*¹⁴¹, improbabile quanto si vuole, tuttavia non impossibile. Quello su cui voglio porre l'accento è comunque (a) il fatto che l'identità sociale dell'individuo è connessa ad un certo ambito di azione, vale a dire ad una o più istituzioni, e inoltre (b) il fatto che «se le persone agiscono, lo fanno sempre in riferimento a qualche identità»¹⁴². L'identità che il soggetto *si dà* è connessa col tipo di realtà sociale, di sfera d'azione, di gioco, in cui esso può rappresentarsi come *attore*. Se costituisco la mia identità soggettiva, in un certo momento, come quella di un giocatore di scacchi, avrò un ottimo motivo per ritenere vincolanti ed osservare le regole degli scacchi.

Tutto ciò però – si badi – non implica né che non ci si possa ribellare alle norme e alle istituzioni esistenti né che la soggettività dell'individuo sia cosa vana o vanitosa illusione, tanto essa è dipendente dal «ruolo» o dall'«identità sociale» del singolo. Innanzitutto, va chiarito che nella prospettiva che qui si assume, se le norme costituiscono possibilità di azioni, le azioni restano sempre il prodotto della volontà o dell'intenzionalità dei soggetti. Le regole ad ogni modo – come ribadisce John A. Hughes ribadendo un argomento kantiano e wittgensteiniano – «non determinano la loro applicazione, ma devono essere usate»¹⁴³.

¹⁴⁰ M. LIVOLSI, *Identità e progetto. L'attore sociale nella società contemporanea*, La Nuova Italia, Firenze 1987, p. 139.

¹⁴¹ Vedi A. PIZZORNO, *Sul confronto intertemporale delle utilità*, in «Stato e mercato», 1986, p. 15.

¹⁴² Ivi, p. 14.

¹⁴³ J.A. HUGHES, *Filosofia della ricerca sociale*, trad. it. di G. Zanetti, a cura di A. Dal Lago, Il Mulino, Bologna 1982, p. 116. Cfr. H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, ora in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford 1983, p. 106: «Rules cannot provide for their own

6. Istituzioni e intenzionalità. Il problema dell'identità sociale dei soggetti

L'intenzionalità dei soggetti, rispetto alle «istituzioni», si dispiega su due livelli principali. (i) Si può volere o no di «entrare» in un certo ambito d'azione, in una certa «istituzione». Posso decidere di giocare o no a scacchi. Posso decidere se rivestire o no l'uniforme del soldato di leva. E così via. Tale decisione è determinata dal progetto di vita del soggetto, dai suoi fini e non già da quelli dell'«istituzione» in cui si voglia, poniamo, «entrare». Decido ad esempio di giocare a scacchi per rinfrescarmi le idee offuscate da troppe ore di letture, per riposarmi, per dare una lezione a qualche presuntuoso, per fare svagare mia sorella convalescente, e così via.

(ii) Dentro l'ambito d'azione costituito da certe regole, dentro una determinata «istituzione» poi, se lo schema dell'azione è già modellato dalle norme costitutive dell'«istituzione», il *token* di azione, il «campione» di azione che io realizzo, è in gran parte, nella sua concretezza, una mia *invenzione*. La «difesa siciliana» per esempio è un'invenzione, una «creazione», all'interno degli schemi d'azione resi possibili dalle regole degli scacchi. Ciò ha per conseguenza che la concreta specifica applicazione della norma altera in qualche modo (in genere in maniera impercettibile, talvolta però in maniera drammatica) la norma stessa, ovvero il contenuto semantico di questa.

Inoltre, perché una condotta possa dirsi messa in atto conformemente ad una norma non è sufficiente che la condotta corrisponda alla norma, ma deve esservi stata l'*intenzione* di conformarsi a quella norma (o almeno deve potersi presupporre l'esistenza di quella intenzione, ad esempio sentendosi vincolati all'esecuzione di una certa condotta anche se non si è in grado di formulare espressamente la condotta corrispondente). Ciò è detto bene da Jürgen Habermas: «Un comportamento osservabile adempie una norma in vigore se e solo se tale comportamento può essere concepito come realizzazione di un soggetto agente che ha compreso il senso della norma e ha seguito questa intenzionalmente. Un comportamento, che osserviamo nel corso di un certo lasso di tempo, può di fatto corrispondere con una norma data, senza essere diretto da norme»¹⁴⁴. Sta qui forse un

application». Come scrive Chomsky a proposito delle regole linguistiche, «le regole che un individuo «accetta» non gli suggeriscono cosa dire» (N. CHOMSKY, *Riflessioni sul linguaggio*, a cura di G. Scalise, Einaudi, Torino 1981, p. 75), vale a dire, non gli indicano ancora cosa fare nel caso concreto.

¹⁴⁴ J. HABERMAS, *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, cit., p. 14. Trad. mia.

primo elemento della soluzione al paradosso di Kripke secondo cui (ripetendo una frase di Wittgenstein, ma isolata da un più generale contesto argomentativo) nessuna condotta può essere determinata da qualche regola, giacché qualsiasi condotta può farsi corrispondere a quella certa regola¹⁴⁵. Là dove l'altro elemento è dato dalla validità intersoggettiva della regola e dal radicamento di questa in una prassi (intersoggettivamente riconoscibile): «L'applicazione del concetto 'seguire una regola' presuppone un'abitudine. Pertanto sarebbe non-senso il dire che una volta sola, nella storia del mondo, qualcuno abbia seguito una regola (o un cartello stradale; abbia giocato un giuoco, enunciato una proposizione, capito una proposizione ecc. una sola volta)»¹⁴⁶.

L'intenzionalità che regge le azioni umane non può considerarsi come «interna» alle regole, nel senso di poter essere spiegata mediante queste. Inaccettabile mi pare la seguente affermazione di Habermas: «Dico intenzionale un comportamento che è diretto da norme o è orientato da regole»¹⁴⁷. Innanzitutto deve notarsi che vi sono condotte intenzionali le quali non sono dirette o orientate da nessun sistema di norme: ad esempio il cibarsi di frutta, il camminare verso una certa meta, il fumare una sigaretta ecc. ecc. Inoltre, anche per ciò che concerne le condotte dirette o orientate da norme, ad esempio lo scrivere o il parlare, o il giocare a calcio, la singola condotta o azione (lo scrivere quella certa frase, il pronunciare quella certa parola, il lanciare il pallone in quella certa direzione) non è spiegabile interamente o solo con riferimento al sistema di regole che le dirige o regge. Le norme – come dice Giuliano Di Bernardo – vanno «intenzionate» o, detto più semplicemente, vanno *applicate*. E la loro applicazione non può essere a sua volta regolata (completamente) da altre regole. Le regole come tali non hanno il potere di «applicarsi» o di determinare alcunchè se non interviene un fattore esterno ad esse: l'intenzione (di seguire o applicare la regola).

Ciò invero è riconosciuto dallo stesso Habermas quando discute il concetto di regola linguistica in Wittgenstein: «Comprendere un gioco signifi-

¹⁴⁵ Vedi S. KRIPKE, *Wittgenstein. On Rules and Private Language*, Blackwell, Oxford 1989. Cfr. Ch. M. YABLON, *Law and Metaphysics*, in «The Yale Law Journal», 1987, pp. 613-636; J. BJARUP, *Kripke's Case. Some Remarks on Rules, their Interpretation and Application*, in «Rechtstheorie», 1988, pp. 39-49; F. SCHAUER, *Rules and the Rule-Following Argument*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 1990, pp. 187-318.

¹⁴⁶ L. WITTGENSTEIN, *Osservazioni sui fondamenti della matematica*, trad. it. di V. Trincherò, II ed., Einaudi, Torino 1988, p. 295.

¹⁴⁷ J. HABERMAS, *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, cit., p. 13. Trad. mia.

ca saper fare qualcosa. Comprendere significa padroneggiare una tecnica. *In tale padronanza viene ad espressione la spontaneità con la quale si applica in maniera indipendente una regola appresa*, e così anche la creatività della produzione di nuovi casi e di nuovi esempi che possano valere come adempimento della regola¹⁴⁸. La «spontaneità» e la «creatività» cui qui riferisce il professore di Francoforte sono ovviamente *esterne* alle regole, vale a dire al contenuto semantico di queste, e appartengono invece al «mondo» dei fatti «intenzionali» o psicologici. Ciò conforta la tesi wittgensteiniana, condivisa da Habermas, secondo cui la capacità cognitiva di comprendere una regola, di intenderne il suo contenuto semantico, implica allo stesso tempo un'*abilità pratica*: quella di compiere operazioni secondo quella regola per un numero tendenzialmente infinito di casi, ovvero per casi nuovi e diversi da quelli rispetto ai quali si è avuto modo di vedere applicata (e dunque di apprendere) la regola.

Peter Winch parla, con riferimento ad una «istituzione», di due tipi di relazione mezzi-fine: (a) una relazione «estrinseca», e (b) una relazione «intrinseca». Nella prima (nella relazione «estrinseca») l'azione possibile entro il contesto istituzionale si pone come mezzo rispetto ad un fine «esterno» all'istituzione. L'esempio di Winch è quello di colui che giochi a scacchi per migliorare la sua abilità in quel gioco al fine di bene impressionare il suo datore di lavoro che riconnette molta importanza a tale abilità. Nel secondo tipo di relazione (nella relazione «intrinseca») l'azione in parola si pone come mezzo per un fine «interno» all'istituzione. L'esempio di Winch è quello del giocatore il quale interrogato su perché giochi risponda «per dare scacco matto al mio avversario»¹⁴⁹. Nella relazione «estrinseca» quindi, può aggiungersi, la decisione del soggetto ha per oggetto l'«ingresso» o meno nell'«istituzione», in quel certo contesto d'azione. Nel caso della relazione «intrinseca», invece, la decisione del soggetto non riguarda l'«ingresso» nell'«istituzione», bensì l'adozione della condotta più adeguata a perseguire un fine che è già implicito, intrinseco per l'appunto, nel quadro di quel certo contesto («istituzione») in cui ci si muove. La soggettività è allora doppiamente rilevante in una prospettiva istituzionalistica, innanzitutto per ciò che riguarda la decisione di «entrare» nell'«istituzione» e quindi di accettarla così com'è (con riferimento a ciò che Winch chiama la relazione mezzi-fine «estrinseca»), e poi per ciò che concerne l'esecuzione delle singole azioni (nell'ambito di ciò che Winch chiama la relazione mezzi-fine «intrinseca»), la quale esecuzione è

¹⁴⁸ Ivi, p. 70. Corsivo mio, trad. mia.

¹⁴⁹ Vedi P. WINCH, *Popper and Scientific Method in Social Sciences*, in *The Philosophy of Karl Popper*, The Library of Living Philosophers, vol. XIV, tomo II, a cura di P.A. Schilpp, Open Court, La Salle, Ill. 1974, pp. 894 ss.

creativa e inventiva rispetto allo schema offerto dalle norme costitutive dell'«istituzione».

Inoltre, l'identità sociale del soggetto, se è dipendente da un certo ambito d'azione, cioè da una «istituzione», nella prospettiva che qui si accoglie, non è *tutta* l'identità del soggetto, né tanto meno coincide con la soggettività medesima (come avviene ad esempio nelle teorie di Julius Binder, Karl Larenz e in certa misura di Arnold Gehlen e Hans-Georg Gadamer¹⁵⁰). L'identità del soggetto cioè, nella prospettiva che qui si adotta, non coincide con l'identità *sociale* del soggetto, che si ha mediante l'assunzione di un certo ruolo entro una istituzione, né l'identità sociale così concepita coincide con ciò che Michelangelo Bovero chiama (a) tipo «puro» di identità collettiva (là dove «il soggetto pone la propria identità nell'appartenenza a un gruppo, anzi si identifica *senza residui* con il gruppo»¹⁵¹) e (b) «tipo di identità fondamentale che risulta dalla dipendenza dell'elemento individuale-differenziante rispetto a quello collettivo-assimilante»¹⁵².

L'identità del singolo, se si costruisce rispetto a un contesto sociale, è anche, e forse soprattutto, *riflessiva*: si costruisce rispetto a se stessi. Ciò risulta in modo chiaro dal fatto che gli individui sono sempre in grado di rinnegare la tradizione nella quale sono stati educati, e di prendere le distanze, sia pure solo moralmente, dal contesto sociale nel quale sono inseriti. Una famiglia rigidamente cattolica può dare i natali a un «mangiapreti», e viceversa. Un aristocratico può farsi un intransigente rivoluzionario, e così via¹⁵³.

La soggettività non si identifica con l'identità sociale, con il «ruolo», pur necessitando di questi, giacché essa ha bisogno di esplicitarsi in azioni

¹⁵⁰ Vedi ad esempio J. BINDER, *Der Idealismus als Grundlage der Staatsphilosophie*, in «Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie», 1935, p. 151; K. LARENZ, *Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre*, in *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, a cura di K. Larenz, Kohlhammer, Stuttgart und Berlin 1943, pp. 379-380; A. GEHLEN, *Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen*, Athenäum, Bonn 1950, pp. 233 ss.; H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, in ID., *Gesammelte Werke*, vol. 1, Mohr, Tübingen 1986, pp. 276 ss.

¹⁵¹ M. BOVERO, *Identità individuali e collettive*, in AA. VV., *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano 1983, p. 49. Corsivo nel testo.

¹⁵² Ivi, p. 51.

¹⁵³ Su questo punto, cfr. R.M. HARE, *The Language of Morals*, cit., p. 166. Cfr. anche B. WILLIAMS, *Morality. An Introduction to Ethics*, Cambridge University Press, London 1976, capitolo sesto.

sociali e queste si danno eminentemente entro àmbiti istituzionali. Tuttavia la soggettività trascende l'identità conquistata, giacché essa «vive», e quindi soggiace alla «novità». L'identità appena conquistata può essere ad ogni momento «perduta» o rifiutata.

7. Specifico carattere delle norme giuridiche

Chi abbia letto le pagine precedenti non potrà forse evitare una sensazione di insoddisfazione. Si è detto molto di regole, norme e istituzioni, ma poco in verità di regole, norme e istituzioni *giuridiche*. O almeno non si è sufficientemente affrontato il tema della specificità delle norme e delle istituzioni giuridiche. È appropriato e corretto trattare di norme indiscriminatamente, mettendo nello stesso calderone le regole linguistiche, le regole dei giochi, altre regole sociali, e le norme giuridiche? Non vi è forse una specificità del «giuridico» che si rischia di perdere in una trattazione generica, indifferenziata, *delle* regole? Se il diritto viene definito secondo il carattere del criterio «istituzionale» (nel senso chiarito sopra), e lo stesso accade per il linguaggio (come sembra invitarci a fare Wittgenstein), come si farà a comprendere la differenza che pure sappiamo importante tra diritto e linguaggio? Lo stesso interrogativo vale per ciò che concerne il criterio distintivo tra diritto e giochi, o tra diritto e istituzioni economiche¹⁵⁴.

Se il lettore nutre questo dubbio, sappia che il medesimo interrogativo assilla l'autore. Il prosiegua vuole essere un primo tentativo di risposta.

Mi si consenta di cominciare con una lunga citazione. Si tratta di Jürgen Habermas: «Ma la grammatica di una lingua presuppone l'esperienza allo stesso modo delle regole d'un gioco strategico? Il significato che spetta alla mossa di un gioco non significa nulla al di fuori del contesto del gioco. La lingua fa riferimento a qualcosa nel mondo. Si parla di qualcosa che è non nella lingua, bensì nel mondo. Nell'àmbito di un gioco non possiamo far nulla che non faccia parte del gioco. I giochi, a differenza degli enunciati, non possono rappresentare qualcosa. Pertanto le regole grammaticali sono

¹⁵⁴ Di «differenza decisiva» tra regole giuridiche e regole convenzionali, passando dalla trattazione delle regole dello *Skat* alle norme del diritto, parla Max Weber, il quale tuttavia non chiarisce in cosa consista quella differenza. Vedi M. WEBER, *R. Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, a cura di J. Winckelmann, VII ed., Mohr, Tübingen 1988, p. 343. Sottolinea la necessità di distinguere comunque la specificità dell'istituzione «Stato» rispetto a istituzioni come il *bridge*, il *tennis*, o una chiesa o un circolo, A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, cit., pp. 184-189.

«costitutive» in un senso diverso dalle regole di un gioco; esse costituiscono la possibilità di esperienze. Perciò, anche se precedono tale possibile esperienza, non sono tuttavia libere da limitazioni che dipendono tanto da invarianti della costituzione del nostro organismo quanto da costanti della natura circostante»¹⁵⁵. Invero questa considerazione di Habermas rimane ambigua. Anche, e soprattutto, le regole di un gioco precedono l'esperienza (del gioco) e costituiscono la possibilità dell'esperienza del gioco. Ciò che però qui ci interessa, e che Habermas più o meno confusamente sottolinea, è che le regole di un linguaggio naturale fanno riferimento a qualcosa che è *esterno* al linguaggio stesso, e dunque alle sue regole e alla loro osservanza, e che questo «qualcosa» fa sì che le regole di una lingua non possano essere del tutto arbitrarie o convenzionali. Rispetto alle regole di un gioco – ci dice Habermas – le regole linguistiche sono dotate di una «forza costitutiva» meno forte, o più debole. Orbene, il diritto – io credo – condivide con i linguaggi naturali tale «costitutività debole».

Le regole giuridiche non sono del tutto convenzionali, o tanto convenzionali, come ad esempio le regole dei giochi. Le norme giuridiche invece, come accade per le regole linguistiche, devono fare riferimento a qualcosa che è esterno ad esse e che da esse non è «costituito». Questo «qualcosa» di esterno è il «mondo» per ciò che concerne il linguaggio, al quale va riconosciuta una certa capacità referenziale o rappresentativa, senza per ciò impegnarsi a fare di questa l'unico o anche il principale criterio di significanza delle espressioni linguistiche. L'«uso» non basta a fornirci il significato di termini ed enunciati. Altrimenti non vi sarebbe alcuna differenza tra un «alfiere» come elemento («pezzo») del gioco degli scacchi e il termine «sole» come elemento («vocabolo») di un certo linguaggio (inteso eminentemente come *gioco* linguistico). Il pezzo dell'alfiere non rappresenta e non fa riferimento a nient'altro che se stesso (un pezzo del gioco degli scacchi), a qualcosa che è possibile solo entro il gioco medesimo. Il termine «sole» rappresenta qualcosa di diverso da se stesso (il vocabolo «sole»), e si riferisce ad una entità che linguistica non è. Il gioco verte su se stesso; il linguaggio invece verte sul «mondo», una realtà extralinguistica o, meglio, esterna al linguaggio considerato; il quale, se si trattasse ad esempio di un meta-linguaggio, verterebbe invero su un linguaggio (dunque non su una realtà extralinguistica), il quale sarebbe comunque diverso dal, esterno al, linguaggio in questione.

¹⁵⁵ J. HABERMAS, *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, in ID. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., pp. 74-75. Trad. mia.

L'insufficienza di una trattazione delle regole che prescindano dal loro contenuto e dal loro «fine» o «senso» è percepita dallo stesso Wittgenstein, non tanto quand'egli si sofferma sul problema del significato quanto quando affronta il tema delle regole sociali e in particolare delle regole dei giochi. Wittgenstein contesta la tesi dell'assoluta convenzionalità di tali regole, giacché queste potrebbero essere subordinate all'*intrattenimento* dei partecipanti. «Sind die Regeln des Sprachspiels willkürlich? Denken wir uns, es stellte sich heraus, daß nur das Schachspiel die Menschen unterhalte und befriedige. Dann sind doch diese Regeln, wenn der Zweck des Spiels erfüllt werden soll, nicht willkürlich. «Die Regeln eines Spiels sind willkürlich» heißt: Der Begriff 'Spiel' ist nicht durch die Wirkungen, die das Spiel auf uns haben soll, definiert»¹⁵⁶. Ciò significa che per definire le regole dei giochi non basta descrivere l'uso che di queste si fa e l'«istituzione» corrispondente. Bisogna prendere in esame – ci dice Wittgenstein – un terzo elemento: gli effetti che l'uso di quelle regole provocano sui partecipanti all'ambito d'azione costituito da quelle. Ciò equivale a dire che le regole dei giochi non sono arbitrarie, poiché sono subordinate a quel certo fine, a quei certi effetti. D'altronde lo stesso concetto d'«uso» rimanda alla nozione di «fine» o «scopo». L'«uso» non è fine a se stesso, ma è diretto a un risultato, ad un *fine*.

Il riferimento al «mondo», o a «fini» o ad «effetti», vale, in maniera analoga, per le regole del diritto, per le norme giuridiche. Pur costituendo la possibilità di certe condotte, le norme giuridiche devono presupporre l'esistenza di certe invarianti dell'esperienza umana e con queste certi interessi e valori¹⁵⁷. E nessuna regola più d'una norma giuridica può comprendersi e definirsi senza tenere in conto il fine cui è diretta, gli effetti concreti che si intendono realizzare.

Un sistema giuridico non è «costitutivo» nella stessa misura di un gioco poiché esso verte su fatti e condotte in larga misura concepibili *anche al di fuori* di quel certo sistema giuridico. In parte – come si è visto – ciò può

¹⁵⁶ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*, cit., p. 192 (§ 140). Si legga anche ivi, p. 193: «Die Sprache ist für uns ein Kalkül; sie ist durch die *Sprachhandlungen* charakterisiert. Woher die Bedeutung der Sprache? Kann man sagen: «Ohne Sprache könnten wir uns nicht miteinander verständigen»? Nein. Der Fall ist nicht dem analog: Ohne das Telefon könnten wir nicht von Europa nach Amerika sprechen. Wohl aber kann man sagen: «Ohne den Mund könnten sich die Menschen nicht verständigen». Der Begriff der Sprache dagegen *liegt* im Begriff der Verständigung» (corsivo nel testo).

¹⁵⁷ Cfr. tra i tanti, H. COING, *Vom Sinngehalt des Rechts*, ora in *Die ontologische Begründung des Rechts*, a cura di A. Kaufmann, Hermann Geutner, Bad Homburg 1965, pp. 33 ss.

dirsi persino di un gioco, là dove si ritenga che il suo sistema normativo sia subordinato alla soddisfazione di certi bisogni, o tenda a realizzare certi effetti (lo svago, la distrazione, il divertimento di partecipanti e osservatori). Oppure là dove si ritenga che il gioco presupponga l'«idea» di gioco, e quindi certe invarianti antropologiche, ed infine un «valore» del gioco, ovvero il fatto che gli esseri umani sono «homines ludentes», che sono interessati ai giochi, che ne traggono piacere, che vi attribuiscono valore nell'ambito della loro vita individuale e sociale. Tutto ciò vale, *mutatis mutandis*, anche e a maggior ragione per le regole del diritto, le quali vertono su interessi fondamentali degli esseri umani: la vita, la dignità, il benessere, la sicurezza. Così, una volta affermato il carattere «istituzionale» del diritto, non si è detto ancora tutto su quest'ultimo. Rimane da definire quella che è la parte più rilevante del fenomeno giuridico: gli «interessi», i «fini», i «valori», le «idee» che fanno sì ch'esso abbia «senso» per l'esperienza umana. Il concetto «istituzionale» di diritto rimanda, per essere operativo (per giustificare ad esempio un sillogismo pratico che sfoci nella decisione d'applicare una norma), a un concetto «ideale» di diritto, vale a dire a un punto di vista normativo «forte»¹⁵⁸. Al concetto «istituzionale» di diritto possono corrispondere, dunque, vari e opposti concetti «ideali». Per esempio, la ricostruzione (eminentemente descrittiva) del fenomeno giuridico come «istituzione» può bene conciliarsi con un punto di vista normativo «forte» come quello offerto dalla «teoria del discorso» di Habermas ed Alexy.¹⁵⁹

158 Cfr. C.S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona 1994, capitolo primo.

159 Vedi J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992 e R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, II ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.

Capitolo terzo

Diritto e potere

Sommario: 1. Premessa – 2. La tradizione sociologica. Due modelli – 3. Da Hauriou a Weinberger – 4. Il diritto come «cultura» – 5. Potere e dominio

1. Premessa

Il dualismo che si prospetta nella filosofia politica e giuridica tra concezioni che affermano la priorità del potere sul diritto (o norma)¹ e concezioni che sostengono il primato del diritto (o norma) sul potere si ripresenta anche nell'ambito delle teorie sociologiche. La relazione tra diritto e potere può intendersi da almeno due prospettive distinte: (i) secondo una prospettiva descrittiva o empirica, come rapporto di due fenomeni tra i quali intercorre una relazione causale, sicché l'uno potrà essere causa o effetto dell'altro; (ii) oppure secondo una prospettiva normativa (etica), che fissa in qualche modo le priorità assiologiche dell'una e dell'altra sfera d'azione pratica (politica e diritto) e dirime i possibili conflitti tra queste. È ovvio che le teorie sociologiche si interessino quasi esclusivamente alla prima prospettiva. Qui però la visione del rapporto tra i due fenomeni (diritto e potere) si fa più complicata in conseguenza dell'entrata in scena di un terzo elemento, fondamentale (ovviamente) per le teorie sociologiche, cui si riconducono tanto il potere quanto il diritto: la società. Per intendere allora come si articoli, in queste teorie, la relazione tra potere e diritto deve farsi riferimento al loro modo di concepire la società e l'azione sociale. Una concezione, infatti, che concepisca la società come insieme di relazioni di mera forza e l'azione sociale come azione puramente utilitaristica governata dal solo calcolo prudenziale, giungerà quasi inevitabilmente a subordinare il diritto e più in generale i fenomeni normativi al potere (che sarà soprattutto dispiegamento di forza

¹ «Si possono distinguere le teorie generali del diritto e dello Stato in due grandi categorie, secondoché affermino il primato del potere sulla norma, o, viceversa, della norma sul potere» (N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano 1982, p. 3).

fisica o materiale). Una concezione invece che assuma che le relazioni sociali sono intrinsecamente normative, che l'azione sociale è governata (o costituita) da regole, giungerà probabilmente a sostenere che il potere politico presuppone un qualche elemento normativo, e non definirà tale potere meramente in termini di forza materiale. Possiamo definire le prime concezioni «realistiche», o «realistiche ingenue», e le seconde «normativistiche» o «realistiche normativiste».

In questo ultimo capitolo intendo in primo luogo accennare ai due modi principali di intendere la relazione tra diritto e potere tradizionalmente affermatasi nella filosofia politica e giuridica, visti però questa volta sul terreno delle concezioni sociologiche. Per far ciò utilizzerò alcuni pochi esempi, presi per servire da «tipi ideali» o «modelli» di teorie. Come rappresentanti delle concezioni «realistiche» considererò le teorie di Ludwig Gumplowicz e di Theodor Geiger, come versioni «normativistiche» quelle di Eugen Ehrlich e di Georges Gurvitch. L'esposizione del pensiero di questi autori non ha in questa sede alcuna pretesa di completezza.

Ciò che più mi preme, comunque, è presentare le concezioni dell'istituzionalismo giuridico riguardo al rapporto tra diritto e potere, partendo dai suoi «classici» rappresentanti per giungere alle più moderne teorie istituzionalistiche, in particolare a quella di Ota Weinberger. In conclusione cercherò di fornire qualche proposta sulla maniera in cui il rapporto tra diritto e potere può configurarsi entro un quadro teorico che si rifà a una interpretazione istituzionalistica (e «culturalistica») del fenomeno giuridico. Dal linguaggio al potere, soprattutto dalla filosofia del linguaggio alla teoria politica, v'è certo più d'uno steccato (innanzitutto metodologico) da superare o «saltare». Nondimeno il fenomeno del diritto, le cui propaggini si estendono dal mondo rarefatto dei significati linguistici ai paesaggi più crudi del potere politico, ci costringe al rischio della ricerca interdisciplinare, a prescindere già da qualunque intuizione rispetto alle connessioni che possano darsi tra campi apparentemente lontani.

2. La tradizione sociologica. Due modelli

2.1. I rapporti tra il fenomeno giuridico e quello del potere politico sono visti dall'austropolacco Ludwig Gumplowicz in modo differente a seconda che ci si trovi dinanzi a un gruppo sociale *omogeneo* o *eterogeneo*. Nel primo caso si ritiene che il gruppo non abbia bisogno di diritto (né di potere) perché in esso non vi sono disuguaglianze e quindi conflitti. «Nell'orda primitiva – scrive questo studioso – cioè in un gruppo omoge-

neo, unitario e indifferente, non v'è diritto, che anzi qui *non è affatto necessario*, giacché a questo livello e in questa situazione sono sufficienti le varie concezioni religiose e il *costume*»².

Nei gruppi «eterogenei» invece, là dove la convivenza è resa possibile dalla forza soverchiante di un ceto o di una classe sull'altro o sull'altra, il diritto non è altro che questa forza soverchiante che per abitudine si fa regola e precetto. «Solo con lo scontro tra gruppi eterogenei, dopo che gli uni hanno raggiunto la sottomissione degli altri ed è necessario pensare alla convivenza degli elementi tecnici diseguali e quindi a un'organizzazione del potere – a tal fine il costume di una delle parti non è bastevole, perché non viene riconosciuto dal costume dell'elemento estraneo –, solo allora la violenza e la potenza soverchiante dei più forti instaurano la possibilità della convivenza e dell'ordine della vita. Le forme della convivenza, l'uno accanto all'altro, degli *elementi diseguali*, che si sono create in tal modo, si condensano per pratica e abitudine in norme e precetti e costituiscono il *diritto*»³.

In questa concezione il diritto è funzionale allo stabilimento ed al mantenimento del potere politico concepito come dominio violento di un gruppo su un altro gruppo. «In poche parole – scrive Gumpłowicz –, ogni diritto nasce dall'ineguaglianza e mira a mantenere e consolidare tale ineguaglianza instaurando la *signoria* del più forte sul più debole. Da questo punto di vista, ogni diritto è un'immagine speculare fedele dello *stato*, al quale deve la sua nascita, che parimenti non mira a nient'altro se non al mantenimento e all'*ordinamento* della convivenza di elementi *diseguali* per mezzo del dominio degli uni sugli altri»⁴. Il diritto è così un prodotto del potere politico, ed è funzionale al rafforzamento di questo.

Per Gumpłowicz tuttavia il diritto non è un mero strumento in mano al detentore del potere, bensì è piuttosto una sorta di «segnaposto», il segnale che indica fin dove si esercita un certo potere: «esso non è nient'altro che la determinazione (*Festsetzung*) dei limiti tra gli opposti ambiti di potere e sfere d'azione»⁵. Il diritto, cioè, «zeigt uns immer die Grenzscheide, bis zu welcher die kämpfenden sozialen Bestandteile des

² L. GUMPOWICZ, *Compendio di sociologia*, trad. it. di V. Pocar, II ed., Unicopli, Milano 1984, p. 215. Corsivo nel testo.

³ *Ibidem*, corsivo nel testo.

⁴ *Ivi*, p. 216. Corsivo nel testo.

⁵ L. GUMPOWICZ, *Was ist Recht?*, ora in *ID.*, *Ausgewählte Werke*, vol. 4, *Soziologische Essays. Soziologie und Politik*, a cura di G. Salomon, Wagner, Innsbruck 1928, pp. 2-3. Trad. mia.

Staates in ihrem Ringen um Macht und Herrschaft vorgedrungen sind»⁶. Il diritto qui sembra quasi perdere la sua funzione normativa, o direttiva della condotta umana, per assumere piuttosto un compito descrittivo⁷.

2.2. Le tesi di Gumpłowicz sono in parte riecheggiate da Michel Foucault. Questi invero propone una visione conflittualistica del diritto in termini molto più drammatici. Il quadro che ci presenta lo studioso francese ha i toni apocalittici di un'incisione di Dürer e i violenti chiaroscuri di un disegno di Goya. «La legge nasce da conflitti reali: massacri, conquiste, vittorie che hanno la loro data e i loro orrifici eroi; la legge nasce dalle città incendiate, dalle terre devastate; la legge nasce con gli innocenti che agonizzano nell'alba che sorge»⁸. Così che, ad analizzare concetti e meccanismi giuridici, «ci si impone di ritrovare il sangue seccato nei codici, e non l'assoluto del diritto, dietro la fugacità della storia»⁹.

Che «il diritto sia lo strumento della dominazione [...] – scrive lo studioso francese – va de sé»¹⁰. Ma per quanto diritto e legge siano strumenti di dominazione, non riescono a produrre la pace, a far cessare il conflitto, lo riproducono invece incessantemente, a forza d'occultarlo. «La legge non è pacificazione, poichè dietro la legge la guerra continua a infuriare e difatti infuria all'interno dei meccanismi di potere, anche dei più regolari»¹¹.

D'altra parte, come è noto, per Foucault il potere non si concentra in un punto determinato, in un soggetto o in una istituzione, né si muove secondo una dinamica gerarchica instaurata tra un dominatore e un domi-

⁶ Ivi, p. 3.

⁷ Questa stessa concezione è ripresa molti anni più tardi da Vincenzo Tomeo, affascinato da una visione che sembra non attribuire al diritto le virtù (o i difetti) di agente della composizione dei conflitti sociali. Tomeo afferma così che «il diritto rappresenta e delinea lo schema strutturale del conflitto tra gli interessi e tra i gruppi» (V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Angeli, Milano 1981, p. 85). Per questa sua tesi Tomeo si rifà espressamente a Gumpłowicz: vedi V. TOMEO, *Il diritto come segno del potere*, in «Sociologia del diritto», 1980, pp. 37-39. «Il diritto, insomma, è lo strumento che registra e verifica la reciproca posizione di potere dei gruppi» (ivi, p. 38); questa è l'idea centrale che Tomeo crede di poter attribuire alla sociologia dell'autore austropolacco.

⁸ M. FOUCAULT, *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, testo stabilito e tradotto da M. Bertami e A. Fontana, Ponte alle Grazie, Firenze 1990, pp. 44-45. Per la tesi che all'origine del diritto vi sia la violenza, si legga T. MANN, *Das Gesetz*, in ID., *Die Erzählungen*, Fischer, Frankfurt am Main 1986, pp. 1010-1011.

⁹ M. FOUCAULT, *op.ult.cit.*, p. 48.

¹⁰ Ivi, p. 32.

¹¹ Ivi, p. 45.

nato, ma è *diffuso*, e circola nei vari soggetti, nei loro «corpi» (termine carissimo al pensatore francese). Esso più che sovranità è *disciplina*. Il discorso del potere si svilupperebbe così *trasversalmente*. «Insomma, non dimentichiamo che abbiamo di fronte a noi un discorso che in fondo taglia la testa al re, d'un discorso che in ogni caso fa a meno del sovrano e lo denuncia»¹². Bisogna stare attenti a non farsi ingannare dalle tante celebrazioni di soggetti «sovrani» che ritroviamo nelle teorie politiche e giuridiche moderne. La «sovranità» – per Foucault – è piuttosto una categoria che, articolandosi secondo lo schema della contrapposizione tra un soggetto detentore del potere e un soggetto sottoposto al potere, «oculta» la realtà politica vera, che è quella di un potere diffuso, vale a dire quella della coercizione disciplinare. «I sistemi giuridici – che si tratti delle teorie o dei codici – hanno permesso una democratizzazione della sovranità con la costituzione d'un diritto pubblico articolato sulla sovranità collettiva, nel momento stesso in cui la democratizzazione della sovranità veniva fissata, in profondità, dai meccanismi della coercizione disciplinare»¹³.

Foucault ripropone per un verso una classica concezione «realistica» del rapporto diritto/potere, per cui il diritto è strumento di dominazione, *arcanum imperii*¹⁴. D'altro lato, radicalizza la visione conflittualistica del diritto, muovendo dal rovesciamento della nota tesi di von Clausewitz per il quale la guerra è la politica continuata con altri mezzi. «Il potere – scrive Foucault – è la guerra, la guerra continuata con altri mezzi. Quest'ipotesi – nel sostenere che la politica è la guerra continuata con altri mezzi – rovescia così l'affermazione di Clausewitz»¹⁵. Tale rovesciamento ha tre conseguenze teoriche. (i) I rapporti di potere sono concepiti come rapporti di forza ovvero di ostilità aperta e dichiarata, di *guerra* per l'appunto. (ii) La pace civile o sociale è considerata come una copertura ideologica e ipocrita della guerra senza quartiere che è in corso. Come tale essa va letta e interpretata; così «non si scriverebbe mai nient'altro che la storia della guerra»¹⁶. Ciò significa che *tutto* è guerra: non v'è ambito dell'esperienza umana che vi si sottragga. (iii) Il criterio decisivo, per ciò che è lecito, giusto, vero, o bello, non è che quello del più forte, cioè quello stabilito da colui che riporta la vittoria nella guerra

¹² Ivi, p. 50.

¹³ Ivi, p. 38.

¹⁴ Come notano i curatori di *Difendere la società*, le tesi di Foucault «sono [...] quelle aspre e inquietanti di Trasimaco» (*op. ult. cit.*, p. 15). E l'«argomento di Trasimaco» è proprio alle origini dell'atteggiamento «realista» in politica (cfr. A. PASSE-RIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, cit., pp. 23 ss.).

¹⁵ M. FOUCAULT, *op. ult. cit.*, p. 27.

¹⁶ Ivi, p. 28.

in questione. «La decisione definitiva per ciò che concerne i criteri di correttezza in tutti i campi dell'operare umano non può venire se non dalla guerra, cioè da una prova di forza in cui, alla fine, solo le armi dovranno essere i giudici»¹⁷. Giungiamo qui a una sorta di decisionismo assoluto o totalizzante, ben più estremo di quello agitato da Carl Schmitt, giacché nel pensiero dello studioso francese la «decisione» di chi esce vittorioso dalla lotta a morte tra «amico» e «nemico» non determina solo i criteri di ciò che è giuridico o legale, di ciò che debba valere come «costituzione» o «norma», bensì anche i criteri del «vero», del «bello», del «giusto».

Fin qui il pensiero di Foucault si presenta come una esasperazione, una drammatizzazione, del più acceso «realismo» politico o decisionismo giuridico. «Per quel che concerne i rapporti tra diritto e potere – egli scrive – vale il seguente principio generale: nelle società occidentali, sin dal medioevo, l'elaborazione del pensiero giuridico si è fatta essenzialmente intorno al potere reale. E' su pressione del potere reale, a suo profitto o per servirgli da strumento o giustificazione, che si è elaborato l'edificio giuridico delle nostre società. Il diritto in Occidente è un diritto commissionato dal re»¹⁸. Le tesi di Hobbes, di Marx, e persino di Schmitt, impallidiscono, o assumono un vago colorito di moderazione, al confronto col furore foucaultiano¹⁹. Nondimeno questo si accende in una sequenza nella quale quei nomi lo precedono dappresso. Secondo il pensatore francese infatti «il sistema del diritto e il campo giudiziario sono i tramiti permanenti di rapporti di dominazione e di tecniche d'assoggettamento polimorfi. Il diritto va visto [...] non dal lato d'una legittimità da stabilire, ma da quello delle procedure d'assoggettamento che mette in opera»²⁰.

La novità in Foucault, rispetto alla tradizione del «realismo» politico, è segnata, più che dalla concezione del rapporto tra diritto e potere, dalla sua interpretazione del fenomeno politico. Per Foucault il potere, come già si è detto e com'è assai noto, è qualcosa di sfuggente, che attraversa i soggetti senza fissarsi in nessuno d'essi, cosa che stride, con la visione «soggettivistica» della politica rappresentata da Hobbes, Marx e Schmitt.

17 *Ibidem*.

18 Ivi, p. 31.

19 Come nota Habermas, Foucault radicalizza la critica della ragione strumentale di Horkheimer e Adorno in una teoria dell'«eterno ritorno» del potere (vedi J. HABERMAS, *Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien*, ora anche in ID., *Die Moderne – ein unvollendetes Projekt. Philosophisch-politische Aufsätze 1977-1992*, II ed., Reclam, Leipzig 1992, p. 109).

20 M. FOUCAULT, *op.ult.cit.*, p. 32.

Per questi il potere è sempre potere *di qualcuno*, di un sovrano, di una classe, di un vincitore; e il potere si esercita sempre *contro qualcuno*. Sarà certo possibile, in questo schema, che vi siano momenti intermedi, poteri di qualcuno che è a sua volta il soggetto contro il quale si esercita il potere di qualcun'altro. Ma infine, e in principio, tanto per Hobbes come per Marx e Schmitt potere in senso proprio è solo il potere *sovrano*, potere non soggetto a sua volta a nessun altro potere. Non è questa però l'opinione di Foucault. «Il potere – egli scrive – è [...] qualcosa che circola e funziona – per così dire – a catena. Non è mai localizzato qui o lì, non è mai nelle mani di qualcuno, non è mai appropriato come una ricchezza o un bene. Il potere funziona, si esercita attraverso un'organizzazione reticolare [...]. Il potere non si applica agli individui, ma transita attraverso gli individui. Non si tratta di concepire l'individuo come una sorta di nucleo elementare o d'atomo primitivo, come una materia molteplice e inerte sulla quale verrebbe ad applicarsi il potere o contro la quale verrebbe a urtare il potere [...]. L'individuo non è il *vis-à-vis* del potere. L'individuo è un effetto del potere e al tempo stesso, o proprio nella misura in cui ne è un effetto, è l'elemento di raccordo del potere. Il potere passa attraverso l'individuo che lo ha costituito»²¹.

Il potere è «sfuggente», ma così tanto che il suo stesso concetto lo diviene. E del pari «sfuggente» è anche la definizione di Foucault. Questa, pur avendo il merito di attirare la nostra attenzione sul fatto che il potere è anche e soprattutto un fenomeno che si manifesta negli ambiti più appartati e apparentemente meno politici della vita umana, non ci aiuta più di tanto a capire la dinamica di essa contribuisce a porre in luce. Il potere «circola», passa tra i corpi, senza fermarsi o concentrarsi in nessuno d'essi. Il potere «costituisce» gli individui medesimi. Tutto ciò è certamente interessante, e in certo qual modo plausibile. Ma in cosa si manifesta tale «circolazione»? Perché essa è sorta? Da dove ha origine? Qual è il suo fine? Come ci si può opporre o sottrarre ad essa? Com'è possibile attribuire valore di verità a tesi che della verità fanno una variabile dipendente del potere²², soprattutto allorquando si sostiene che esse provengono dal campo dei «vinti»? Sono queste domande alle quali Foucault non ha dato, e purtroppo non potrà più dare, risposta.

2.3. Nel pensiero di Gumplowicz invero, nonostante il suo apparente crudo realismo, sopravvive la fiducia liberale nelle doti e nelle potenzialità

²¹ Ivi, pp. 34-35.

²² Vedi, ad esempio, M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Gallimard, Paris 1971, p. 15.

progressiste del diritto. Il suo articolo *Was ist das Recht?* si conclude con parole che affidano al diritto il ruolo di garante delle libertà civili e di spauracchio della «reazione»: «Das Recht ist eine Schranke, die nach Maßgabe der geistigen Entwicklung der Völker von Zeit zu Zeit verschoben werden muß, der Freiheit zum Schutz, der Reaktion zum Trutz»²³. Vi è qui dunque una qualche ambiguità nell'affermazione della subalternità del diritto al potere politico: la subalternità è piuttosto rispetto alla *lotta politica*.

Un esempio più chiaro di concezione sociologica che concepisce il diritto come fenomeno subalterno a quello del *potere* è la teoria di Theodor Geiger, studioso tedesco che risiedette per lunghi anni in Danimarca. In un certo senso Geiger è uno dei rappresentanti più estremi del punto di vista «realistico». Il suo però è un realismo «ingenuo», che nulla concede al normativismo e che tende a interpretare gli eventi sociali come fatti meramente «bruti» e le azioni umane come eventi osservabili e studiabili esclusivamente da un punto di vista esterno, vale a dire senza dover considerare intenzioni e concetti propri dell'agente. Non è un caso che Geiger sia uno dei teorici dell'«ideologia», cioè uno di quegli studiosi di scienze sociali che ritengono di poter distinguere in maniera netta nei fatti sociali una componente soggettiva o psicologica o normativa e una componente oggettiva o fisiologica o materiale, la quale ultima pur costituendo il reale motore o la realtà «vera» dell'azione sociale risulterebbe occultata e mistificata dalla componente «soggettiva», vale a dire dall'«ideologia»²⁴.

Geiger sottolinea, a ragione, che la maniera di concepire i rapporti tra il diritto e il potere è in gran parte una questione definitoria, giacché essa dipende dalla definizione rispettiva di «diritto» e di «potere». Vediamo allora cosa Geiger intende per diritto, e che definizione ce ne dà. Egli identifica innanzitutto il diritto (o l'ordinamento giuridico) col diritto (o l'ordinamento giuridico) statale, e poi quest'ultimo con lo Stato medesimo. «Parliamo di ordinamento giuridico – scrive Geiger – solo allorché all'interno di un ambiente sociale differenziato in gruppi sociali, contigui, o che si limitano a vicenda, si è costituito un potere centrale sovraordinato (*eine übergeordnete Zentralmacht*)»²⁵. Egli ci dà poi la seguente definizione di ordinamento giuridico: «l'ordinamento di vita sociale di una grande struttura sociale organizzata centralmente, per quanto

23 L. GUMFLOWICZ, *op. ult. cit.*, p. 11.

24 Vedi TH. GEIGER, *Ideologie und Wahrheit. Eine soziologische Kritik des Denkens*, II ed., Luchterhand, Neuwied am Rhein 1968.

25 TH. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, II ed., Luchterhand, Neuwied am Rhein 1964, p. 161. Trad. mia.

quest'ordinamento poggia su un apparato sanzionatorio gestito monopolisticamente da organi speciali»²⁶. La definizione di potere (*Macht*) si rifà poi a quella di Max Weber, con alcune importanti differenze sottolineate espressamente da Geiger.

Mentre per Weber il potere è ogni possibilità (*Chance*), all'interno di un rapporto sociale, di imporre ad un altro la propria volontà anche contro la resistenza di questo²⁷, quale che sia il fondamento di quella chance, Geiger definisce il potere come segue: «La possibilità (*Chance*) di poter dirigere (*steuern*) il corso di certi accadimenti»²⁸. Come si vede, in tale definizione vi sono due novità rispetto a quella di Weber. (i) Innanzitutto, viene lasciato cadere l'accento tanto alla volontà di chi esercita il potere quanto alla resistenza di chi lo subisce. Il concetto di volontà – precisa infatti Geiger – è già contenuto in quello di «direzione». L'eliminazione poi dell'accento alla «resistenza» di colui verso il quale si esercita il potere permette di far rientrare tra i casi di «potere» anche quello in cui il soggetto verso il quale il potere è esercitato si adegua senza opporre resistenza alla condotta prescrittagli. (ii) Inoltre, nella definizione di Geiger scompare la menzione del rapporto sociale che è l'ambito in cui invece Max Weber vede giocarsi la relazione di potere. Così il concetto di potere diviene applicabile tanto ai rapporti *extrasociali* tra uomini e cose quanto ai rapporti *sociali* tra uomini.

Il potere per Geiger, come si è detto, è la possibilità di *indirizzare* certi accadimenti. Coloro che hanno questa possibilità hanno potere sugli oggetti nell'ambito dei quali si svolgono quei certi accadimenti. Il «potere sociale» è dunque la possibilità di indirizzare la condotta di un altro uomo. Colui che ha tale possibilità detiene un potere sull'altro. Un rapporto di potere è allora quello in cui uno dei suoi soggetti può indirizzare il comportamento dell'altro o degli altri.

²⁶ Ivi, p. 339. Trad. mia.

²⁷ Vedi M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, V ed., a cura di J. Winckelmann, Mohr, Tübingen 1985, p. 28.

²⁸ Th. GEIGER, *op. ult. cit.*, p. 340. E' interessante notare che Ralf Dreier distinguendo le varie teorie giuspositivistiche in (a) «orientate all'efficacia» e (b) «orientate alla statuizione» del diritto, e quelle «orientate all'efficacia» in (i) «secondo l'aspetto esterno» e (ii) «secondo l'aspetto interno» delle norme, colloca tanto la concezione di Geiger quanto quella di Weber tra le teorie giuspositivistiche «orientate all'efficacia» «secondo l'aspetto esterno delle norme». Vedi R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, ora in ID., *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie* 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pp. 96-97; e cfr. R. ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg 1992, pp. 31 ss.

«Fattori del potere» (*Machtfaktoren*) sono, per Geiger, quei fatti sui quali si basa la possibilità della direzione del comportamento altrui. Tali fattori sono di diverso tipo. A questo proposito Geiger distingue tra (a) «fattori del potere *primari*», forniti dalla natura (per esempio la forza fisica, la disponibilità di armi, il fascino sessuale, l'astuzia, la capacità di suggestionare e persuadere, il sapere, ecc.) e (b) «fattori del potere *secondari*», che risultano dall'organizzazione sociale, ad esempio dalle funzioni ricoperte in tale organizzazione.

Per il sociologo tedesco il rapporto di potere è «accidentale» (*akzidentell*) quando intercorre tra persone individualmente determinate, e il loro «fattore di potere» prevalente risulta dalle qualità personali o da altre circostanze concernenti i singoli individui. Un rapporto di potere è invece «categorico», se esso si basa (sia pure intercorrendo tra singoli individui) sull'appartenenza dei soggetti a un certo gruppo (l'esempio menzionato da Geiger è il potere del soldato di un esercito occupante sugli abitanti del paese occupato). La conclusione del sociologo tedesco, a questo punto, è la seguente: «L'intera rete di rapporti di una struttura sociale può essere concepita come un intreccio di innumerevoli rapporti di potere fondati su distinti fattori di potere»²⁹. Qui a me pare opportuno notare che in questa prospettiva l'intera società sembra reggersi su unico tipo di azione abbastanza simile a quello che Habermas chiama «azione strategica»³⁰.

Un'ulteriore distinzione compiuta da Geiger è quella tra «rapporti di potere interscursivi» (*interkursive Machtverhältnisse*) e «rapporti di potere integrali» (*integrale Machtverhältnisse*)³¹. I primi sono l'insieme dei rapporti «categorici» di potere esistenti tra i membri di una certa struttura sociale. I secondi sono i rapporti di potere nei quali i membri della società esercitano tra loro pressione sociale. Laddove nel rapporto «integrale» di potere l'oggetto e il soggetto della pressione sociale siano nettamente distinti, e il rapporto divenga quindi unilaterale o unidirezionale, e tale unilateralità perduri nel tempo e si faccia costante, allora siamo in presenza di un *Herrschaftsverhältnis*, di una relazione di «dominio».

«Dominio» è per Geiger la «monopolizzazione del potere integrale»³². La relazione di dominio può essere a sua volta di due tipi: (a) «arbitraria»

²⁹ TH. GEIGER, *op. ult. cit.*, p. 342. Trad. mia.

³⁰ Vedi ad esempio J. HABERMAS, *Hannah Arendts Begriff der Macht*, ora in ID., *Politik, Kunst, Religion. Essays über zeitgenössische Philosophen*, Reclam, Stuttgart 1982, pp. 103 ss.

³¹ Vedi TH. GEIGER, *op. ult. cit.*, p. 342.

³² Ivi, p. 345. Trad. mia.

(*Willkürherrschaft*), oppure (b) «legale» (*Rechtsherrschaft*). La prima si ha allorché il «dominio» viene esercitato senza criteri fissi per ciò che concerne l'ambito e l'intensità del suo esercizio. La seconda si ha allorché si formano delle *regolarità* (*Regelmäßigkeiten*) riguardanti la sfera, l'intensità, e la direzione del «dominio». Il diritto così – in questa prospettiva – non segue altro che le uniformità statistiche dell'esercizio del «dominio» (il potere «integrale» monopolizzato), rappresenta cioè una sorta di strumento di misurazione, un «segnaposto», privo di funzione normativa. Il diritto è allora una sorta di segnale, un indizio, un criterio descrittivo del livello raggiunto dal «dominio», secondo una prospettiva che risulta vicina a quella sopra considerata di Ludwig Gumplowicz. Nel pensiero di Geiger, in conclusione, il diritto è del tutto subalterno e accessorio al fenomeno del potere.

2.4. Altrimenti vanno le cose secondo un altro sociologo dell'area culturale tedesca, Eugen Ehrlich. Invero Ehrlich nella sua più nota e importante opera, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, in un primo momento sembra concepire il dominio, la dominazione politica, come una situazione che poco ha a che fare col diritto e che anzi è storicamente precedente a questo. «Il fatto – scrive Ehrlich – che esiste un rapporto di dominio e soggezione ha preceduto ovunque le proposizioni giuridiche che regolano tale rapporto come un elemento dell'ordinamento giuridico. Ogni dominio è soltanto l'altro aspetto della mancanza di difesa e del bisogno di aiuto della persona soggetta. Quest'ultima è soggetta al dominio perché non gode di protezione giuridica e, d'altro canto, non riceve questa protezione o perché non fa parte di un gruppo che possa proteggerla o perché il gruppo al quale appartiene è troppo debole per proteggerla»³³. Qui dunque il dominio è pensato come il risultato della debolezza del dominato rispetto alla forza esercitata dal dominatore.

Nondimeno Ehrlich giunge a sostenere che il dominio non può sorreggersi sulla mera forza fisica e richiede quindi un retroterra normativo. «L'incapacità di difendersi – egli scrive – non può fondare, da sola, un rapporto giuridico. Essa abbandona l'indifeso, come un oggetto o un animale senza padrone, a colui che lo riduce in suo potere, ma non gli dà un signore, né attribuisce a nessuno un diritto su di lui. Il dominio, invece, è qualcosa di più del mero possesso di una persona e della utilizzazione del

³³ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it. a cura di A. Febbraio, Giuffrè, Milano 1976, p. 111.

suo lavoro, in quanto è un rapporto giuridicamente regolato tra chi detiene il dominio e chi vi è soggetto»³⁴.

Molto più deciso nell'affermare la supremazia del diritto sul potere, in termini strettamente sociologici e muovendosi apparentemente sul piano della teoria descrittiva, è il russo naturalizzato francese Georges Gurvitch. Innanzitutto, come è noto, Gurvitch distingue tra due tipi di socialità: (i) socialità «spontanea» e (ii) socialità «organizzata». «La socialità spontanea – egli scrive – si manifesta tanto attraverso gli stati immediati della coscienza collettiva, quanto attraverso i comportamenti collettivi, siano questi abitudini ispirate a modelli più o meno flessibili o atti collettivi di innovazione e di creazione. La socialità organizzata, invece, si ricollega a comportamenti collettivi in quanto questi sono guidati da modelli cristallizzati in schemi riflessi, stabiliti in precedenza e imposti a comportamenti gerarchizzati e centralizzati. La socialità organizzata resiste quindi alla spontaneità mobile della mentalità collettiva e ne è separata»³⁵.

La socialità «spontanea» esercita solo pressioni *interne* (o dall'interno) sulla coscienza dei singoli, mentre la socialità «organizzata» esercita sanzioni e costrizioni *esterne* (o dall'esterno). La socialità organizzata è pensata come «sovrastuttura» rispetto alla socialità spontanea, la quale ultima assume così il carattere di «struttura». Ciò equivale ad affermare che la socialità organizzata si fonda su quella spontanea. È questa una tesi anche di Proudhon, autore che è sempre presente nella pagine di Gurvitch. Del pari di provenienza proudhoniana è la tesi seguente. «Essendo la socialità spontanea più mobile e dinamica della socialità organizzata, sorgono incessantemente dei conflitti e delle tensioni tra questi due piani di profondità della realtà sociale, poiché gli schemi fissi delle sovrastrutture organizzate rimangono sempre in arretrato e devono continuamente venir spezzati dalle esplosioni e dalle eruzioni della socialità spontanea, anche nel caso in cui, come nei regimi democratici, i quadri delle organizzazioni rimangono largamente aperti all'influenza della socialità spontanea»³⁶. Per Gurvitch, insomma, tra socialità «spontanea» e socialità «organizzata», tra struttura e sovrastruttura, vi è uno scarto incolmabile: la prima è mobile, la seconda è rigida, dimodoché le esigenze mutevoli dell'una trovano difficoltà ad essere recepite senza traumi dalla seconda.

³⁴ Ivi, p. 113.

³⁵ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, trad. it. di S. Cotta, II ed., Etas Kompass, Milano 1967, p. 176.

³⁶ Ivi, p. 177.

La socialità spontanea – secondo il sociologo russo – si costituisce di (i) una socialità per «interpenetrazione», e di (ii) una socialità per «interdipendenza». La prima «ha come fondamento delle intuizioni collettive attuali»³⁷. Essa può fare a meno di mediazioni simboliche (del linguaggio), giacché è alla base stessa di queste. «Rendendo possibile appunto la mediazione per mezzo dei segni, degli schemi e dei simboli – scrive Gurvitch –, essa li domina grazie all'attualità delle intuizioni collettive che servono loro di base effettiva»³⁸. Il secondo tipo di socialità appena menzionato (socialità per «interdipendenza») è invece essenzialmente comunicativa. «I segni intermediari, gli schemi, i simboli, servono dunque di base primordiale a questa forma di socialità. Per esempio, negli scambi, nei contratti, nei rapporti di proprietà, soltanto i gesti, le dichiarazioni orali e scritte, i segni esterni di un dato oggetto, servono di base effettiva per i legami particolari che si stabiliscono»³⁹.

Secondo Gurvitch ogni rapporto sociale ha per base una qualche socialità per «interpenetrazione», presuppone cioè una qualche comunione di rappresentazioni (di «intuizioni collettive», come dice il sociologo russo). «La comunicazione simbolica – continua questi – è impossibile senza quell'unione diretta, intuitiva, che le serve di fondamento. L'unione, la socialità mediante fusione, prevale dunque sulla socialità per interdipendenza»⁴⁰. In un certo senso, qui Gurvitch reinterpreta la contrapposizione (resa famosa dall'opera di Tönnies) tra *Gemeinschaft* (cui corrisponde nella sociologia del russo la «socialità per interpenetrazione») e *Gesellschaft* (cui corrisponde la «socialità per interdipendenza»). I due tipi di società o di «socialità» vengono reinterpretati non più come due distinti e contrapposti modelli di società succedutisi nel corso della storia, bensì come due stati e stadii, o momenti, presenti all'interno del medesimo tipo di macrosocietà storicamente data. E così è possibile affermare una tesi che forse sarebbe stata cara a Tönnies, ma che questi non ebbe mai il coraggio di formulare: che la *Gemeinschaft* ha la prevalenza sulla *Gesellschaft*, ed anzi ne costituisce una sorta di nucleo strutturale.

Secondo Gurvitch ogni forma di socialità è di per sé creatrice di diritto, «fatto normativo». Nella sua sociologia alla distinzione tra «socialità organizzata» e «socialità spontanea» corrisponde quella tra *diritto organizzato* e *diritto spontaneo*. Alla distinzione tra «socialità per interpen-

37 *Ibidem*.

38 *Ivi*, p. 178.

39 *Ibidem*.

40 *Ivi*, p. 181.

trazione» (unione intuitiva) e «socialità per interdipendenza» (comunicazione simbolica) corrisponde quella tra *diritto sociale* e *diritto individuale*. Il diritto sociale – scrive Gurvitch – «è diritto di pace, di aiuto scambievole, di lavoro in comune». Il diritto individuale, invece, «è diritto di guerra, di conflitto, di separazione, poiché anche quando il diritto individuale avvicina parzialmente i soggetti come nel caso dei contratti, esso contemporaneamente li allontana e ne delimita gli interessi»⁴¹. Il diritto sociale è retto dalla giustizia distributiva, quello individuale dalla giustizia commutativa. Vale la pena qui di notare che Gurvitch rovescia il rapporto stabilito da Proudhon tra i due concetti di giustizia. Mentre Proudhon ritiene che la giustizia commutativa sia il principio che regge l'ordine sociale, e che da questa dipenda anche la giustizia distributiva, Gurvitch sostiene invece che è la giustizia distributiva il fondamento proprio della socialità e che la giustizia commutativa si erige sulla base offertale dalla giustizia distributiva.

Nell'opera di Gurvitch il «diritto sociale» è sempre un diritto autonomo, prodotto originario di quel certo gruppo che è destinato a reggere, e non può essere mai imposto dall'esterno. Esso regola in maniera immanente il suo oggetto. D'altra parte, «ogni potere giuridico è funzione del diritto sociale, poiché non è dapprima che la manifestazione esterna dell'irriducibilità del «Noi», della socialità per semplice interdipendenza e delimitazione»⁴². Tale potere è sempre impersonale, oggettivo, immanente. Esso «non costituisce mai una dominazione e non è proiettato al di fuori della molteplicità dei membri che costituiscono un «Noi»»⁴³.

Quando il diritto individuale prevale su quello sociale si ha, secondo il sociologo russo, un *potere di dominazione*. Il potere sociale in generale è per Gurvitch «la manifestazione dell'irriducibilità del tutto nei confronti dei suoi elementi costitutivi»⁴⁴, mentre «il potere sociale di un gruppo relativamente o assolutamente sovrano è soltanto una funzione dell'ordinamento giuridico del gruppo, e più precisamente della struttura del suo diritto sociale»⁴⁵. Il potere politico, in questa concezione, anche là dove assume le forme estreme della «dominazione», si basa sempre su un qualche tipo di socialità, in genere su quella «per interpenetrazione», talvolta (nei casi di «dominazione») sulla socialità «per interdipendenza». Qui co-

41 *Ibidem*.

42 *Ivi*, p. 185.

43 *Ibidem*.

44 *Ivi*, p. 219.

45 *Ibidem*.

unque la socialità è sempre interpretata come «fatto normativo», come fatto di per sé giuridico (in quanto espressione di una certa idea di giustizia), ed il potere politico è saldamente vincolato al fenomeno giuridico.

3. Da Hauriou a Weinberger

3.1. Le due dottrine «classiche» dell'istituzionalismo giuridico, quella di Maurice Hauriou e quella di Santi Romano, risolvono la controversia tra diritto e potere col vantaggio del primo sul secondo, in maniera forse più netta Hauriou, in modo più ambiguo Romano. Come è noto, Hauriou ritiene che l'elemento costitutivo dell'istituzione sia l'*idée directrice*, una sorta di *Weltanschauung*, la quale impregnando di sé le menti e le condotte umane finisce per riflettersi nelle istituzioni sociali concrete e nel potere organizzato che è il nucleo di queste. Il diritto, inteso qui come «idea del diritto» (in un senso che ricorda la *Rechtsidee* dei filosofi neohegeliani tedeschi), ha la meglio su, è anzi alle origini del, potere organizzato. Vale qui la pena di soffermarsi ulteriormente sul pensiero di Hauriou.

L'obiettivo polemico preferito di Hauriou sono quelli che egli denomina «sistemi soggettivisti» e «sistemi oggettivisti». I primi sarebbero quelli che pongono a fondamento del diritto esclusivamente o principalmente la volontà sia essa degli individui o delle persone giuridiche; i secondi sarebbero i sistemi che pongono a base del diritto esclusivamente o principalmente la norma giuridica. Come rappresentanti dei sistemi «soggettivisti» Hauriou menziona Gerber, Laband e Jellinek⁴⁶. Dei sistemi «oggettivisti» i fautori principali sarebbero Hans Kelsen e Léon Duguit⁴⁷.

Hauriou rigetta i sistemi «soggettivisti», perché questi a suo avviso non terrebbero conto del fatto che la volontà soggettiva è sostenuta da idee subcoscienti largamente oggettive. I sistemi «oggettivisti» sono respinti in quanto esagererebbero il ruolo svolto dalle norme giuridiche e ridurrebbero a ben poca cosa l'ambito – per lo studioso francese fondamentale – dell'azione intenzionale all'interno dei fenomeni giuridici. Insomma, gli uni (i sistemi «soggettivisti») terrebbero in conto solo il momento della «creazione» dell'ordine giuridico (nel quale relevantissimo è il ruolo delle volontà), mentre gli altri (i sistemi «oggettivisti») considererebbero solo

⁴⁶ Vedi M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Blond & Gay, Paris 1933, p. 91.

⁴⁷ Vedi M. HAURIOU, *L'ordre social, la justice et le droit*, in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, cit., pp. 84 ss.

il momento della «conservazione» o della «continuità» dell'ordine giuridico dovuta in gran parte all'efficacia delle norme, vale a dire alla conformità a queste di comportamenti umani. Entrambi i sistemi – ad avviso del giurista francese – risultano così unilaterali, giacché prendono in considerazione non l'intera gamma delle proprietà dei fenomeni giuridici ma solo un loro aspetto specifico. La soluzione proposta da Hauriou è, allora, la sua nota teoria dell'istituzione.

Se utilizzassimo la distinzione di regole regolative e regole costitutive come griglia ermeneutica per l'interpretazione del pensiero di Hauriou, dovremmo subito dire che Hauriou concepisce un solo tipo di regole (o norme): le regole regolative. Per il giurista francese la norma non crea nulla, essa ha funzioni puramente regolatrici dell'esistente. Le norme «ne sont en réalité que des bornes et des limites»⁴⁸. «Quant aux règles de droit – continua il giurista francese –, elles ne représentent que des idées de limite au lieu d'incarner des idées d'entreprise et de création»⁴⁹. Le norme pertanto non possono «costituire» o «creare» in alcun senso le istituzioni. Accade invece il contrario: «Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions»⁵⁰. Così anche il ruolo del legislatore non può essere «creativo», «costitutivo», bensì solo «regolativo»: «Le rôle du législateur est celui d'un *agrimensor* qui pose des bornes entre des champs d'activités»⁵¹.

Ma cos'è una «istituzione» per Hauriou? La risposta è la seguente: «Une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social»⁵². Per la realizzazione di questa «idea» sono necessari: (i) un potere organizzato che è concepito quasi come un «organo» dell'«idea»; (ii) delle manifestazioni di solidarietà o di comunione dirette dal potere organizzato e regolate da procedure formali.

Come è noto, Hauriou distingue due tipi di «istituzioni»: (a) le «istituzioni-persone», come ad esempio sindacati e associazioni varie; (b) le «istituzioni-cose» (è interessante notare che l'esempio che Hauriou produce di quest'ultime è la norma giuridica, il che invero non fa altro che rendere più oscura la teoria dello studioso francese). La differenza tra le

48 M. HAURIU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, cit., p. 94.

49 Ivi, p. 127.

50 Ivi, p. 128.

51 Ivi, p. 94. Corsivo nel testo.

52 Ivi, p. 96.

«istituzioni-persone» e le «istituzioni-cose» consiste nel fatto che nelle prime si assiste ad un processo di soggettivizzazione dell'«idea direttrice» (che si manifesta nel potere organizzato e nella solidarietà dei soggetti), mentre nelle seconde tale processo non ha luogo. Hauriou invero non si sofferma troppo sulle istituzioni-cose» e rivolge la sua attenzione principalmente alle «istituzioni-persone».

Gli elementi che compongono l'«istituzione-persona» sono così tre: (i) l'«idea dell'opera da realizzare» in un certo gruppo sociale o «idea direttrice»; (ii) il potere organizzato posto al servizio della realizzazione di questa «idea»; (iii) le manifestazioni di comunione (*communio* – dice Hauriou) che si producono nel gruppo in relazione alla realizzazione dell'«idea». Di questi tre elementi il più importante – Hauriou è esplicito al riguardo – è «l'idée de l'oeuvre à réaliser»⁵³. Ogni corpo sociale è costituito così – secondo il giurista francese – per la realizzazione di un'idea di opera o di impresa. Questa «idea» però – egli precisa – non va confusa col fine del corpo sociale o istituzione di cui trattasi. Né deve confondersi l'«idée directrice» di una istituzione con la sua funzione. L'«idea direttrice» infatti – continua Hauriou – non comprende solo il fine di un'istituzione ma anche i mezzi che debbono impiegarsi per la realizzazione di quei fini. D'altra parte, mentre la «funzione» di un corpo sociale è assai determinata, l'«idea direttrice» di questa ha ampi margini di indeterminazione.

Il carattere però più sorprendente, a mio avviso per lo meno, dell'«idée directrice» è il fatto che a questa Hauriou attribuisce un'esistenza del tutto indipendente dalla volontà o da ogni altra attività mentale o spirituale dei soggetti. Le «idee direttrici» somigliano così molto alle «idee» della tradizione filosofica platonica⁵⁴. Esse non sono create o prodotte, bensì solo trovate o rinvenute. «En réalité – scrive il giurista francese – il n'y a pas des créateurs d'idées, il y a seulement des trouveurs. Un trouvère, un poète inspiré rencontre une idée à la façon dont un mineur rencontre un diamant: les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent; dans des moments d'inspiration, nous les trouvons et les débarrassons de leur gangue»⁵⁵.

⁵³ Vedi ivi, p. 98. Cfr. anche ivi, p. 116.

⁵⁴ Di «platonismo» a proposito della teoria di Hauriou parla ad esempio Widar Cesarini Sforza: vedi A. BARATTA, *Presentazione*, in M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1967, p. XII.

⁵⁵ M. HAURIOU, *op.ult. cit.*, p. 101.

Il secondo elemento dell'«istituzione-persona» – come si è detto – è «un pouvoir de gouvernement organisé»⁵⁶. Questo gioca, nella costituzione dell'istituzione, un ruolo essenziale, tale da farci dubitare che per Hauriou il potere sia subordinato al diritto. Se per «diritto» intendessimo la «regola di diritto» dovremmo concludere che per il giurista francese è il potere ad avere la preminenza sul diritto e non viceversa. «C'est le pouvoir organisé seul – scrive Hauriou – qui peut créer des situations juridiques et lui seul peut les maintenir»⁵⁷.

Il potere organizzato di un'istituzione è però concepito come strettamente dipendente dall'«idea direttrice» dell'istituzione stessa, nel senso che questo potere deve poter agire in nome dell'istituzione e che le sue direttive devono poter valere come quelle dell'intero gruppo sociale. In senso lato allora – secondo Hauriou – ogni «istituzione-persona» costituisce un *regime rappresentativo*. Invero l'eleggibilità dei soggetti che detengono quel potere non è una condizione necessaria per l'esistenza di una istituzione. Hauriou non nega che il potere in questione possa farsi arbitrario e indebolire i vincoli posti dall'«idea direttrice». Nondimeno questa, sulle lunghe distanze, ha sempre la meglio⁵⁸. Così, se identifichiamo il «diritto» con l'«idea direttrice», e ciò mi pare del tutto coerente con la dottrina del giurista francese, possiamo concludere tranquillamente che in questa il potere soggiace al diritto.

3.2. Per Santi Romano il potere politico presuppone un'organizzazione, che è poi l'istituzione e quindi il diritto. Là dove vi sono manifestazioni di potere politico o sociale vi è così anche un ordinamento giuridico. I due fenomeni – potere e diritto – qui si intrecciano e rinviano l'uno all'altro, dimodoché sarebbe più corretto parlare di una identificazione dei due fenomeni (dal lato del «normativo», o del «giuridico») che di una supremazia del diritto sul potere. «Come ogni istituzione – scrive il giurista siciliano – così anche lo Stato non *ha*, ma è un ordinamento giuridico»⁵⁹.

Il potere politico, lo Stato, non è concepito come la fonte del diritto. Semmai, può dirsi il contrario, giacché il potere politico, il potere di emanare norme, trova il suo fondamento in un ordinamento normativo logicamente precedente, la costituzione, la quale non deve necessariamente essere contenuta in un documento formale. «L'opinione molto

⁵⁶ Ivi, p. 102.

⁵⁷ Ivi, p. 114.

⁵⁸ Vedi ivi, p. 104.

⁵⁹ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., cit., p. 56. Corsivo nel testo. Cfr. ivi, p. 59.

diffusa che lo Stato sia un *prius* di fronte al diritto, un ente che in sé e per sé non sarebbe giuridico, ma che creerebbe il diritto, una semplice fonte di quest'ultimo si rivela inammissibile, [...] quando si pensi che la sua prima affermazione è data dalla sua stessa costituzione senza la quale esso neppure esisterebbe, ed è questa costituzione che determina il potere di dettare delle norme»⁶⁰. E questa costituzione lungi dall'essere cosa diversa dal diritto ne è invece un elemento integrante. Il fatto che secondo Romano, seguendo un'antica dottrina, la costituzione vada distinta dalle leggi non significa che la costituzione sia un fatto extragiuridico⁶¹.

Si pensi ad esempio alle pagine che Romano dedica alla «rivoluzione» nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*. Il giurista siciliano assume in merito una posizione simile a quella sostenuta da Axel Hägerström in polemica con l'inglese Salmond. Hägerström, affermando la supremazia della *Weltanschauung* normativa, dell'idea di norma o dell'ideologia normativa, sul potere di fatto, critica la concezione imperativistica che aveva trovato un'espressione per così dire «classica» nella teoria di John Austin. Salmond è un continuatore della linea austiniana. Così egli spiega la nascita di nuovi ordinamenti giuridici sulla base del potere di fatto esercitato dai rivoluzionari. A ciò Hägerström replica affermando che una rivoluzione si dà solo allorché acquistano vigore norme che regolano certe condotte umane in modo divergente rispetto alle norme dell'ordine giuridico sovvertito⁶². Salmond poi contrappone al diritto costituzionale la prassi costituzionale⁶³. Talvolta – egli dice – la prassi costituzionale entra in conflitto col diritto costituzionale. La replica di Hägerström all'argomentazione del giurista inglese è assai indicativa. «But – scrive il filosofo svedese –, if a constitutional custom comes into being, that of course merely means that certain rules for the exercise of power have gradually come to be applied without being embodied in laws. In that way they have certainly become positive law»⁶⁴.

Romano affronta il problema della valenza giuridica della rivoluzione con esiti – come si è detto – analoghi a quelli cui perviene Hägerström.

⁶⁰ Ivi, p. 57. Corsivo nel testo.

⁶¹ Vedi *ibidem*.

⁶² Su tutto ciò, cfr. E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, Clueb, Bologna 1975, pp. 93 ss.

⁶³ Vedi *Salmond on Jurisprudence*, dodicesima edizione a cura di P. J. Fitzgerald, Sweet & Maxwell, London 1966, pp. 84 ss.

⁶⁴ A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, a cura di K. Olivecrona, trad. inglese di C. D. Broad, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1953, p. 33.

La rivoluzione – secondo Romano – è già in sé un fenomeno giuridico, in quanto essa presuppone ciò che ad avviso del giurista siciliano è l'elemento che denota l'insorgere del diritto: l'organizzazione. «Una rivoluzione che sia veramente tale – scrive Romano –, e non un semplice disordine, una rivolta o sedizione occasionale, è sempre un movimento organizzato, in modo e in misura che naturalmente variano secondo i casi. In generale può dirsi che si tratta di una organizzazione, la quale, tendendo a sostituirsi a quella dello Stato, consta di autorità, di poteri, di funzioni più o meno corrispondenti e analoghi a quelli di quest'ultimo: è un'organizzazione statale in embrione, che, a mano a mano, se il movimento è vittorioso, si sviluppa sempre più in tale senso. Comunque, essa si traduce in un vero e proprio ordinamento, sia pure imperfetto, fluttuante, provvisorio»⁶⁵. Così – per Romano – anche quel fenomeno politico (di potere politico) che più sembrerebbe essere opposto al diritto, il fenomeno della rivoluzione, è invece in sé non espressione o manifestazione di mera violenza o forza, ma è possibile grazie a, ed esprime, un vero e proprio ordinamento giuridico, un suo proprio diritto.

Come si è detto sopra, la relazione tra diritto e potere può intendersi (i) da un punto di vista sociologico (descrittivo), come rapporto tra due fenomeni reali, di cui l'uno può essere causa o condizione dell'altro, oppure (ii) da un punto di vista etico (normativo), come rapporto tra l'azione pratica del politico (del potere politico) e un corpo di regole morali: il diritto sarà inteso in questo senso come «diritto giusto» o semplicemente come «giustizia». Se dal punto di vista descrittivo le dottrine di Hauriou e Romano rivelano delle affinità, esse divergono invece se si affronta la questione più specificamente (e «fortemente») normativa, quella cioè del rapporto tra diritto positivo e morale. Romano non si rifiuta d'assumere questo secondo punto di vista. Egli vuole solo descrivere dei fenomeni, non ha alcuna esplicita teoria etica da proporre, e comunque mantiene distinte le sfere del diritto e della morale.

Più difficile e delicato è il discorso sulla terza forma per così dire «classica» dell'istituzionalismo giuridico: il *konkretes Ordnungsdenken* di Carl Schmitt, elaborato intorno alla metà degli anni Trenta. Questo tipo di istituzionalismo rimane connesso strettamente a una concezione decisionistica del diritto, dimodoché il diritto finisce in ultima istanza per essere il prodotto di una decisione che è in grado di imporsi a prescindere da un quadro normativo o istituzionale che la legittimi. Una delle critiche che Schmitt muove al normativismo è che questo riduce le figure degli organi

⁶⁵ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, II ed., cit., p. 224.

produttivi di diritto a mere *Normen-Funktionen* ⁶⁶. Questi organi, invece, per il giurista tedesco, sono istanze di «ordinamenti». E «la norma o regola non produce l'ordinamento» ⁶⁷. Le norme hanno una funzione regolatrice solo entro un ordinamento già dato. D'altra parte, secondo Schmitt, ogni ordinamento necessita una *Führung*, una direzione dotata di poteri decisionali supremi, dimodoché – a suo avviso – è del tutto scorretto contrapporre la norma al comando, la *lex* al *rex* ⁶⁸.

Il *konkretes Ordnungsdenken* di Schmitt si pone tanto sul piano sociologico (descrittivo) quanto su quello etico-politico (prescrittivo, normativo). Su quest'ultimo piano il *konkretes Ordnungsdenken* mira senz'altro alla riunificazione della morale e del diritto in linea con tutta la dottrina giuridica nazionalsocialista ⁶⁹. L'abisso che con la modernità si è aperto tra «foro interno» e «foro esterno» – secondo Schmitt e i suoi compagni di strada (ad esempio Karl Larenz e Arnold Gehlen, entrambi pensatori «istituzionalisti») – dev'essere colmato, ma non già per subordinare tutta l'attività pratica al «foro interno», bensì per sbarazzarsi dell'incomoda presenza di questo. Alla subordinazione del diritto al potere (avvolta nei panni ideologici della teoria dell'«ordinamento concreto») si accompagna in questi pensatori la subordinazione dell'etica alla politica.

3.3. Vediamo ora come il tema della relazione tra diritto e potere è trattato dal neoistituzionalismo. Le pagine più chiare su questo argomento sono quelle di Ota Weinberger.

Secondo Weinberger il comportamento tipicamente sociale degli uomini si manifesta in ambiti istituzionali, è determinato cioè da ciò che egli chiama informazioni pratiche (valori, scopi, norme, principi), ed è reso possibile da norme costitutive di istituzioni. Il diritto, e più in generale le norme sociali, e con esse le «informazioni pratiche», non sono un risultato dell'«istituzione», una sua particolare manifestazione, bensì ne costituiscono il nucleo fondamentale. In questa prospettiva non possono darsi istituzioni senza norme e informazioni pratiche. Ed è questo il punto sul quale Weinberger fa perno, per prendere le distanze da Hauriou, in un modo che ricorda ancora una volta un'analogia mossa di Santi Romano. Il neoistituzionalismo così è detto distinguersi dalla teoria di Hauriou in quanto

⁶⁶ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, cit., p. 15.

⁶⁷ Ivi, p. 13.

⁶⁸ Vedi ivi, p. 51. Cfr. M. KAUFMANN, *Recht ohne Regeln? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre*, Alber, Freiburg 1988.

⁶⁹ In merito, cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Beck, München 1988.

il primo – a differenza del secondo – «ne considère pas le droit comme un épiphénomène de l'institution, mais au contraire tient le système d'informations «pratiques» pour le noyau de l'institution, qui sans ce centre de cristallisation ne pourrait exister»⁷⁰.

Il potere (in senso sociale) di un soggetto dipende così da un contesto normativo, e si svolge bene o male all'interno di questo. «Il potere (*Macht*) dell'individuo – scrive lo studioso ceco – non è né soltanto né in primo luogo funzione della sua forza fisica o psicologica, bensì è uno status determinato, il quale ha origine mediante regole e relazioni istituzionali. Il dominio (*Herrschaft*) come esercizio di potere nella società è così soprattutto una situazione istituzionalizzata (*eine institutionalisierte Konstellation*), che viene determinata da una rete di fattori normativi, funzional-fattuali, e ideali (eventualmente anche ideologici)»⁷¹.

La soluzione di Weinberger invero non stabilisce la preminenza di un elemento (diritto o potere) sull'altro. Così egli obietta alla contrapposizione schmittiana (di derivazione aristotelica) del governo degli uomini e del governo delle leggi quanto segue. Non è possibile – egli sostiene – un «governo delle leggi» che non si esprima in poteri di uomini concreti, e d'altro canto non è possibile pensare a un potere gestito da uomini al di fuori di contesti di azioni regolati sempre da «informazioni pratiche», da norme in special modo. «Es gibt keine von den Menschen losgelöste Herrschaft des Rechts, sondern nur rechtlich geordnete und mehr oder weniger rechtlich kontrollierte Herrschaft von Menschen [...], und es gibt in der politischen Realität keine Herrschaft von Menschen, außer aufgrund von gesellschaftlichen Konstellationen und Normen, die die Macht des Einzelnen und Herrschaftsstrukturen in der Gesellschaft konstituieren»⁷².

Neil MacCormick, l'altro «protagonista» del «neoistituzionalismo», segue abbastanza l'impostazione di Weinberger. L'accento è posto però più sul carattere «normativo» che su quello «istituzionale» del diritto. «As for law – scrive lo studioso scozzese –, the essence is not power but normative order. Wherever there is law, there is normative order, wherever there is normative order institutionalised there is law. Law is about institutional normative relations between normatively recognised persons of

⁷⁰ O. WEINBERGER, *Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste*, in «Droits», 10, 1989, p. 111.

⁷¹ O. WEINBERGER, *Institutionentheorie und Institutionalistischer Rechtspositivismus*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie*, cit., pp. 176-177. Trad. mia.

⁷² Ivi, p. 177. Corsivo mio.

all sort»⁷³. MacCormick tuttavia mantiene una netta distinzione tra potere politico e potere normativo, la quale anzi egli giustifica ulteriormente come fondamento per una ricostruzione della nozione di Stato di diritto. Questa locuzione ha a suo avviso un significato concreto, e non è una mera tautologia solo se lo Stato (il potere politico) e il diritto si presentano come due fenomeni ben distinti, tali che faccia senso che l'uno (il diritto) costituisca un limite all'altro (lo Stato). Altrimenti si ricadrebbe nella vuota formulazione kelseniana per cui «ogni Stato è Stato di diritto»⁷⁴.

Nonostante la sua avversione per la teoria delle «regole costitutive» proposta da Searle, Weinberger ci dice che le norme sociali e giuridiche *costituiscono* esse le strutture del potere politico e lo stesso potere dei singoli. Inoltre, senza saperlo, Weinberger qui riecheggia un motivo presente nella dottrina romaniana. Le norme giuridiche, per Romano, sono «costitutive» rispetto all'ordinamento giuridico, e quindi rispetto allo Stato. «La legge, volontaria o meno, è costitutiva dell'ordinamento giuridico, nel senso che il fatto o i fatti che essa prevede assumano un dato carattere per virtù sua»⁷⁵. Weinberger, come Hägerström, ritiene che a monte di ogni Stato vi sia una costituzione, anche là dove lo Stato in questione non abbia una costituzione scritta. La «costituzione» è vista qui non come un documento formale, bensì come la serie di norme che costituiscono la prassi politico-giuridica dello Stato. «Ogni Stato – egli scrive – ha necessariamente una costituzione, cioè una regolamentazione normativa mediante la quale la istituzione complessiva dello Stato viene costituita come unità ordinata»⁷⁶.

Weinberger rifiuta la concezione schmittiana del «politico» come relazione amico/nemico vale a dire come mera relazione di forza e violenza, giacché ricostruisce il «politico» come «normativo», vale a dire come costituito da norme sociali. Ciò non significa che Weinberger neghi o ignori la possibilità dell'oppressione politica e dell'autoritarismo più sfrenato.

⁷³ N. MacCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 11.

⁷⁴ Vedi ivi, pp. 13-14. Vedi anche N. MacCORMICK, *Der Rechtsstaat und die «Rule of Law»*, in «Juristenzeitung», 1984, pp. 65-70, e H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, II ed., Mohr, Tübingen 1928, p. 191. E cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 22.

⁷⁵ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit. p. 83. Corsivo nel testo.

⁷⁶ O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 105.

Egli, a questo proposito, fa l'esempio del *Führerstaat* nazionalsocialista. Ebbene, egli aggiunge, anche questo Stato, per quanto amplifichi a dismisura il potere di un singolo uomo o di pochi uomini, si basa in ultima analisi su costruzioni normative⁷⁷. La conclusione di Weinberger ricorda da vicino la tesi di Santi Romano. Le parole sono quasi le stesse: «Als Institution besitzt der Staat notwendigerweise einen normativen Kern: eine Rechtsordnung»⁷⁸.

Anche nei campi di concentramento vige – ci dice Weinberger – un ordinamento normativo. Questa affermazione non implica però che si riconosca al campo di concentramento una qualche valenza morale né che si debba sottostare alle regole di questo.

In Weinberger troviamo anche una visione in certo modo funzionalistica (à la *Malinowski*, per intenderci) del potere politico. Questo è così concepito come una «funzione» rispetto all'organizzazione sociale complessiva. «Il potere del singolo – scrive Weinberger – non è il fine dell'organizzazione politica, bensì un elemento necessario per l'esecuzione dei compiti che gli spettano in società»⁷⁹. Weinberger critica la nota definizione di «potere» (*Macht*) data da Weber, secondo cui «Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf die Chance beruht»⁸⁰. Lo studioso ceco giustifica la sua critica mediante tre argomenti principali. In primo luogo gli pare che la definizione weberiana possa accettarsi soltanto entro un quadro teorico che concepisce la società come un tessuto di relazioni *individuali* tra attori sociali e trascura così l'elemento *impersonale* dei fenomeni sociali. Nella definizione weberiana si intravede poi, ad avviso dello studioso ceco, una visione eccessivamente positivista o empiristica la quale per lo studio della società utilizza concetti tipici delle scienze naturali. Weber infatti utilizza la locuzione *chance*, la quale sembra designare una possibilità in termini di *probabilità*. Ma – arguisce Weinberger – «il potere non è la *chance* di imporre la propria volontà, bensì quella particolare posizione di un soggetto – sia esso una persona singola o un collettivo – in una struttura sociale, la quale fonda questa *chance*»⁸¹.

⁷⁷ Vedi *ibidem*.

⁷⁸ O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 105.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Ved. a cura di J. Winckelmann, cit., p. 28.

⁸¹ O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 111, corsivo mio. Trad. mia.

Weber, infine, sembra trascurare l'elemento normativo che sta dietro ogni fenomeno di potere. «De facto – scrive Weinberger – ist jede Macht – auch jene des ganz unbeschränkten Diktators – aufgebaut auf einer Menge von Beziehungen und institutionalisierten Momenten, d.h. sie ist normativ-institutionell fundiert»⁸².

Weinberger risolve così la tradizionale controversia tra i sostenitori del «governo delle leggi» e quelli del «governo degli uomini» a favore dei primi, ma con un'importante rettifica. Le «leggi» qui sono le norme di cui si compone l'istituzione entro la quale il potere viene esercitato. Il potere politico presuppone un certo ambito d'azione effettivamente utilizzato dagli attori sociali: «Vorbedingung der Macht ist ein Handlungsspielraum»⁸³. Il potere dunque è sempre normativamente fondato. Ma le norme di cui qui trattasi hanno poco o niente a che fare con le «leggi» nel senso di norme giuridiche propriamente dette, emanate secondo certe procedure pubbliche. La formula del «governo delle leggi» nel senso di «rule of law» è considerata piuttosto una costruzione ideale con nessun valore descrittivo. ««Herrschaft des Rechts» ist keine Beschreibung der Machtverhältnisse in der Gesellschaft, sondern eine ideelle Konstruktion»⁸⁴.

Anche il despota più brutale esercita il suo potere grazie a un certo corpo di norme sociali. «Auch der absolute Alleinherrscher ist ermächtigtes Organ des Staates, er hat eine gesellschaftliche Rolle in der Institution. Falls «princeps legibus solutus» gilt, gilt dieser Grundsatz als Element des Rechtssystems»⁸⁵. Ma tali norme sociali possono difficilmente concepirsi o usarsi come dei limiti efficaci all'esercizio del potere del despota. Dire che il potere politico è *normativamente* fondato non equivale in alcun modo a difendere, come tesi descrittiva, la vigenza del «governo delle leggi» in contrapposizione al «governo degli uomini», né, come tesi normativa «forte», la superiorità del primo rispetto al secondo.

4. Il diritto come «cultura»

4.1. La teoria istituzionalistica implica manifestamente una concezione «culturalistica» della società, una concezione cioè che sostiene che i feno-

82 *Ibidem.*

83 *Ivi*, p. 112.

84 *Ivi*, p. 110.

85 *Ibidem.*

meni sociali non sono comprensibili se non si tiene conto che la realtà sociale è tale per l'uomo attraverso uno schermo simbolico che gliela rende significante e attraverso i concetti e le norme che «rendono possibile» tale realtà. Ma vi è un altro senso, più pregnante, in cui può dirsi che la teoria giuridica istituzionalistica rimandi ad una visione del diritto come «cultura». Le «istituzioni» non traggono il loro senso soltanto dalle regole che costituiscono la condizione di possibilità di quell'ambito d'azione la cui effettiva fruizione dà origine, e esplicita – per così dire –, l'istituzione.

Non bastano le regole costitutive di un'istituzione per definire l'istituzione medesima. Dobbiamo in più ricorrere a un'«idea» dell'istituzione, a un suo «concetto», che è per l'appunto una particolare forma culturale. Ciò sembra essere colto da Wittgenstein quando questi contrappone le «regole» di un gioco all'«immagine» d'esso seguendo la quale si sono dettate certe regole, le quali non riescono però ad esaurire l'«immagine» in questione. Di modo che può accadere che certe mosse eseguite secondo quelle certe regole cozzino o confliggano con l'«immagine» che ci eravamo fatti del gioco, spingendoci talvolta a modificarne le regole. «Ich gebe die Regeln eines Spiels. Der andere macht, ganz diesen Regeln entsprechend, einen Zug, dessen Möglichkeit ich nicht vorausgesehen hatte und der das Spiel stört, so wie ich's nämlich wollte. Ich muß nun sagen: «Ich habe schlechte Regeln gegeben»; ich muß meine Regeln ändern, oder vielleicht ergänzen. So habe ich also schon im voraus ein Bild des Spiels? In gewissem Sinne: Ja!»⁸⁶. L'«immagine», il *Bild* di cui qui parla Wittgenstein, rappresenta per l'appunto l'«idea» o il «concetto» dell'istituzione (il gioco). Sono questa «idea» e questo «concetto» che ci danno il «senso» dell'istituzione in questione, e che possono essere usati anche per controllare l'adeguatezza o l'appropriatezza, ovvero la «legittimità», di certe regole entro quel certo contesto istituzionale.

L'intuizione di Wittgenstein è ripresa e precisata da Hubert Schwyzer. Questi contesta che la prassi, la *practice*, costituita o retta da certe regole, sia specificata o spiegata da quelle stesse regole. Si prenda ad esempio il gioco degli scacchi, e si immagini che un'attività retta da regole uguali a quelle del gioco degli scacchi costituisca piuttosto una maniera mediante la quale due sacerdoti cercano di trarre auspici rispetto a certi eventi. Se vince il bianco dovrà trarsi un certo auspicio, se vince il nero l'auspicio sarà del tutto differente. Ebbene – argomenta Schwyzer – questa pratica

⁸⁶ L. WITTGENSTEIN, *Zettel*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 340. Vedi anche L. WITTGENSTEIN, *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, p. 87.

non è quella del gioco degli scacchi, i due sacerdoti non stanno «giocando a scacchi», ma sono impegnati in un'attività alquanto diversa, vale a dire in un rito religioso. Ma se un'attività retta da regole esattamente uguali a quelle del gioco degli scacchi è pur tuttavia un'attività differente da quella di giocare a scacchi dobbiamo concludere che la percezione e la descrizione (e l'attuazione) del gioco degli scacchi non può essere esclusivamente ottenuta mediante l'indicazione (e l'osservanza) di una certa serie di norme. «Our argument – scrive Schwyzer – shows that the game of chess is not adequately characterized as a «system of rules». Playing chess does not *consist* in acting in accordance with the rules. The rules do not explicate the concept of playing chess; they do not establish what it is to play chess»⁸⁷.

Le norme non ci spiegano il concetto del gioco degli scacchi, ma nemmeno quello più generale di gioco, né il *concetto* di qualsiasi altra istituzione. Per questo dobbiamo ricorrere alla forma di vita intesa come «cultura», come serie di concezioni, idee, visioni del mondo, presenti in *un certo spazio sociale*. Così, per definire una certa istituzione, ma anche e soprattutto per usufruire delle regole che la costituiscono, dobbiamo in qualche modo intenderne – come dice Wittgenstein – il *Witz*⁸⁸, il «concetto», l'«idea», vale a dire il principio culturale che attribuisce loro un «senso», *dobbiamo* intendere insomma l'«idea direttrice»⁸⁹ di quella istituzione. È qui, dunque, che risiede la differenza tra istituzioni e pratiche diverse come il diritto e lo sport o la religione, o l'etichetta o una banda di ladroni. Difatti, come scrive Schwyzer, «rules (constitutive rules) do not themselves specify how the behavior in accordance with the rules is to be regarded; that is something that the very setting up of the rules must presuppose»⁹⁰. Istituzioni e «idee direttrici» – come nota Weinberger – sono tra loro inestricabilmente connesse: «Leitideen etablieren sich zusammen mit den entsprechenden Institutionen»⁹¹. La teoria istituzionalistica sfocia così in una teoria della società e dei fenomeni culturali.

87 H. SCHWYZER, *Rules and Practices*, in «Philosophical Review», 1969, p. 464. Corsivo nel testo.

88 Vedi, ad esempio, L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, cit., p. 237 e p. 238 (§§ 564 e 567).

89 Cfr. O. WEINBERGER, *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, cit., p. 103. Per Weinberger è l'«idea direttrice» a fornire la «determinazione concettuale dei compiti dell'istituzione» e quindi il criterio distintivo tra le diverse istituzioni.

90 Ivi, p. 467.

91 Ivi, p. 108.

4.2. La teoria istituzionalistica, sia nelle sue versioni tradizionali (Romano e Hauriou), sia nella sua riproposizione in chiave analitica (Weinberger e MacCormick), è, prima d'essere una teoria del diritto, una teoria della società. L'«istituzione» di cui parlano Romano, Hauriou, MacCormick e Weinberger, è – con tutte le differenze tra questi autori – il prototipo della realtà sociale, ovvero la realtà sociale per antonomasia. Per l'istituzionalismo l'uomo non «subisce» la realtà sociale, che gli si parrebbe di fronte con la medesima forza ed estraneità degli eventi naturali, bensì egli in un certo qual modo la «costituisce», giacché la realtà sociale è vista come un insieme di «istituzioni», ambiti di azione, i quali esistono in virtù di regole tutte umane e dell'applicazione intenzionale di tali regole.

Dall'intuizione di questo fenomeno, della «costitutività» delle regole umane rispetto al mondo sociale, muove il pensiero idealistico moderno. Questo, partendo da una teoria a mio avviso plausibile (la centralità dell'uomo per l'uomo, la «costitutività» del pensare e agire umano per ciò che concerne il suo essere sociale), sviluppa questa in termini radicali distruggendo il legame tra idea e simbolo da un lato, e la realtà materiale (che c'è, ed è in senso proprio, in senso non-umano, l'unica possibile dimensione) dall'altro. Tutto diviene così «idea»: la realtà materiale non sarebbe, nella prospettiva della filosofia hegeliana, nient'altro che l'«alienazione» dell'«idea», dell'«essere in sé» che si fa «altro da sé».

Sul versante opposto troviamo il radicalismo realista di chi sostiene che la realtà sociale è pura finzione, elemento immaginario, «ideologia», là dove questi termini, «finzione», «immaginario», «ideologia», hanno tutti una connotazione negativa o peggiorativa. Per questi realisti «ingenui» la realtà tipicamente sociale è una sorta di autogrificazione che gli uomini si fanno elevandosi al di sopra di ciò che è il loro vero essere: la natura animale. La dimensione propriamente sociale si tinge così dei colori dell'«ideologia»; essa è – per usare la terminologia paretiana – un insieme di «derivazioni», variabili dipendenti da «residui» costanti (riducibili agli istinti fondamentali, ai fatti fisiologici che reggono la vita dell'uomo)⁹². Come è ben noto, nella tradizione marxista si contrappone alle «strutture» dei rapporti di produzione pensati come relazioni oggettive più o meno causali, più o meno «naturali», la sovrastruttura delle costruzioni normative (politica e diritto ivi compresi). E di recente c'è stato perfino chi ha

⁹² Vedi V. PARETO, *Compendio di sociologia generale*, Einaudi, Torino 1978, capitolo sesto. In merito, cfr. D. FARIAS, *La demistificazione delle ideologie e Vilfredo Pareto*, in ID., *Saggi di filosofia politica*, Giuffrè, Milano 1977, pp. 361 ss.

voluto spiegare i fatti sociali mediante il riferimento ai *geni* dell'essere umano.

In questa prospettiva realista «ingenua» istituzioni, concezioni del mondo, religioni, filosofie, politica, diritto, sono visti tutti come forme diverse di un unico fenomeno: l'«ideologia», intesa come «falsa coscienza», autoinganno nel migliore dei casi, vera e propria frode nel peggiore. La vita sociale dell'uomo per questi realisti è dominata dagli istinti di questo, diretta da riflessi condizionati, da meccanismi fisiologici automatici (non riflessivi), per quanto raffinati essi possano pur essere, oppure da leggi oggettive su cui egli non ha alcun controllo né potere di influenza. Tutto il resto, idee, tradizioni culturali, costumi, miti, o viene bollato come «ideologia», oppure lo si riduce ad «ambiente», ovvero a situazione condizionante (in termini che sono più o meno quelli della luce rossa che fa salivare il cane di Pavlov).

Queste due concezioni contrapposte, idealismo e realismo, questi due opposti estremismi, non sono solo delle filosofie, o meglio, come tutte le filosofie, sono anche delle *Weltanschauungen*, ed hanno dei grossi rilievi pratici, a partire dalla loro concezione del potere. Gli «idealisti», in genere, rivestono il potere di attributi morali o religiosi. Poiché la loro visione della realtà è tutta immaginaria e ideale, immaginaria e ideale, e infine ideologica, sarà la loro visione della relazione di potere. Come scrive Andrea Caffi: «Attraverso la mostruosa identificazione dell'Idea con l'essere e con tutte le manifestazioni empiriche della realtà, si giunse a attribuire un potere sacerdotale e dispotico ai manipolatori e agli interpretatori d'idee, o meglio: di quell'informe complesso chiamato l'Idea, nella quale vengono a confondersi tutte le operazioni ideologiche. Con ciò, di colpo, ogni azione umana, ma soprattutto ogni azione di governo, fu «sacralizzata» come espressione dell'Idea»⁹³.

In un altro senso ancora gli «idealisti» sviluppano la loro teoria politica. Essi sono portati ad assolutizzare, ad ipostatizzare, concetti come «virtù», «dovere», «morale», in quanto assolutizzano, facendone tutto il reale, quell'elemento immaginario che è invece soltanto una parte della realtà tipicamente umana. Per essi, dunque, l'elemento normativo della realtà si erge indiscutibile, la norma si fa Legge, la normatività sacralità.

I «realisti», concependo la realtà come fatto materiale e meccanico, sono portati a identificare diritto con potere, e potere con forza. Per essi la

⁹³ A. CAFFI, *Critica della violenza*, Bompiani, Milano 1966, p. 323.

relazione di potere è una relazione in cui qualcuno costringe con mezzi fisici qualche altro a fare o a subire qualcosa. Il potere è per il radicalismo «realista» una relazione di causa ed effetto. Si afferma così che A ha potere su B, se e solo se il comportamento di A produce la condotta di B. Per il «realista» la relazione di potere è essenzialmente rapporto di comando-obbedienza. Una buona esemplificazione di questo modo di pensare è la notissima definizione di «potere» (*Herrschaft*) che Max Weber pone quasi all'inizio della sua monumentale opera postuma *Wirtschaft und Gesellschaft*: «Per potere si deve intendere la possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un certo contenuto»⁹⁴.

Per i «realisti» è potere tanto quello esercitato da un re, o da un'assemblea di eletti dal popolo, quanto quello esercitato dal bandito che intima alla sua vittima «o la borsa o la vita»: in entrambi i casi saremmo in presenza del medesimo fenomeno. Vero è che i «realisti» in genere distinguono il potere specificamente politico attraverso il criterio dell'*abitudine* all'obbedienza. Si veda quanto scrive Bentham: «Quando si suppone che un certo numero di persone (che possiamo chiamare sudditi) siano *abitate* a rendere obbedienza a una persona o ad un insieme di persone (che possiamo chiamare governante e governanti) con caratteristiche note e determinate, si dice che tali persone nel loro complesso (sudditi e governanti) sono in uno stato di società politica»⁹⁵. Dal punto di vista del «realista», impersonato qui da Bentham, l'abitudine ad obbedire è però vista come un fatto automatico, meccanico, indotto attraverso l'uso delle sanzioni o alimentato dalla paura di incorrere in queste ultime. Il modello «realistico» dell'apprendimento (e del linguaggio, come sappiamo) è quello per stimolo e risposta e per riflesso condizionato teorizzato dagli psicologi comportamentisti. «Quando il bambino cresce – sostiene ad esempio Watson – stabilisce una risposta verbale condizionante per ogni oggetto e per ogni situazione presente nel suo ambiente esterno»⁹⁶.

⁹⁴ M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. di T. Baglioni, F. Casabianca e P. Rossi, vol. 1, Comunità, Milano 1980, p. 52. Tuttavia difficilmente Weber può essere considerato un «realista» (nel senso indicato sopra), da un lato per la sua concezione dell'azione sociale in generale (che ruota intorno al concetto di «senso»), e poi perché egli, parlando del potere, della *Herrschaft* (che invero potrebbe forse tradursi, anche e con maggiore esattezza, *dominio*) si affretta ad aggiungere che «ad ogni autentico rapporto di potere inerisce un minimo di *volontà* di obbedire, cioè un *interesse* (interno o esterno) all'obbedienza» (ivi, p. 207, rendo col corsivo lo spaziato del testo), e introduce, come è noto, il concetto di «legittimità» del potere.

⁹⁵ J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, in ID., *A Fragment on Government and An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, a cura di W. Harrison, Blackwell, Oxford 1960, p. 38. Trad. mia, corsivo mio.

⁹⁶ J. B. WATSON, *Il linguaggio*, in ID., *Antologia degli scritti*, a cura di P. Mazzini, Il Mulino, Bologna 1976, pp. 139-140.

5. Potere e dominio

5.1. Da un punto di vista istituzionalistico si può sostenere che la società è sempre il risultato (per quanto non sempre premeditato né previsto) dell'autodeterminazione degli esseri umani, in quanto questi non sono governati da meri istinti o da risposte irriflessive, ma da norme, e queste sono il prodotto dell'azione degli uomini (benché non sempre del loro disegno)⁹⁷. Inoltre, rispetto alle norme è possibile in ogni caso porsi in maniera riflessiva. Rispetto alle norme cioè è sempre possibile porre la domanda «perché devo rispettarle?». E si presenta comunque il problema del *come* rispettarle tenuto conto della loro frequente astrattezza.

Secondo la teoria istituzionalistica, le norme, di contro all'ipotesi idealistica, non esistono di per sé, grazie ad entità soprannaturali o sovrumane, ma esistono in quanto gli uomini vi si conformano consapevolmente o inconsapevolmente. Si noti tuttavia che dinanzi ad una norma assunta inconsapevolmente, ad esempio dinanzi ad una norma d'etichetta, è comunque possibile porsi riflessivamente, nel senso che è possibile trovarsi in una situazione in cui ci viene rimproverata la non conformità alla norma e quindi si richiede da noi una «giustificazione» (la quale è sempre riflessiva) della nostra condotta. Nessuno di noi, prima di imparare a leggere ed a scrivere la propria lingua-madre, ne conosceva le regole grammaticali, e tuttavia la parlava seguendo per lo più quelle regole. Non tutti i popoli dispongono di testi di grammatica della loro lingua, né hanno scuole in cui questa si insegna; essi nondimeno sono sempre in grado di esprimersi con proprietà di linguaggio seguendo regole linguistiche le quali rimangono loro tuttavia ignote.

La concezione del potere politico come fatto normativo, ovvero come «istituzione», rende esplicito l'elemento di volontarietà che sussiste nella relazione di potere. Si obbedisce, in ultima analisi, perché si vuole obbedire: quella politica è una «servitù volontaria». E si vuole obbedire, spesso, perché questo rientra in una certa norma o che si è prodotta o che si condivide, oppure perché si vuole – per così dire – «entrare» in una certa istituzione, la quale rende possibili certe azioni solo a condizione di osservare determinate regole. D'altra parte, «obbedire» non è il verbo più adatto per definire la relazione di potere fondata su norme. Il verbo più indicato è «attenersi». Il rapporto comando/obbedienza non si dà per

⁹⁷ Per questa tesi (la cui classico formulazione si trova nell'opera di Adam Ferguson) è d'obbligo il rinvio al pensiero di Hayek. Vedi, ad esempio, F.A. von HAYEK, *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde*, Mohr, Tübingen 1975, pp. 5 ss.

la funzione regolativa in sé. Non si «obbedisce», in senso proprio, ad una norma; ci si *attiene* ad essa⁹⁸.

Vi sono, certo, situazioni in cui siamo costretti fisicamente, con le armi, con la tortura, con la prigione, ad accettare una situazione di dominio. Ed anzi, come scrive Primo Levi traendo una serie di lezioni dalla sua esperienza di internato ad Auschwitz, «quanto più è dura l'oppressione tanto più è diffusa tra gli oppressi la disponibilità a collaborare col potere»⁹⁹. Tuttavia, al di là del fatto che dinanzi all'oppressione più brutale – come ci dice lo stesso Primo Levi – si può sempre scegliere la morte, ciò che qui si intende affermare è che nel caso di mera violenza, di manifestazione pura e semplice di forza, non siamo più in presenza di potere politico, bensì – se si vuole – di lotta a morte o di guerra. Non mi sembra condividibile, pertanto, la posizione di un Walter Benjamin che scrive: «Alle Gewalt ist als Mittel entweder rechtsetzend oder rechts-erhaltend»¹⁰⁰. Non ogni violenza è produttrice di norme e di modelli di condotta; non ogni violenza è fonte e garante del diritto.

Il caso del bandito che ci impone di consegnargli il portafoglio, o quello del nazista che ci chiude in un vagone piombato, non sono commensurabili con quelli di un re o di un parlamento che ci prescrivono di pagare le tasse. I due casi – diciamo così – del bandito e del re rappresentano fenomeni sociali assai diversi. Confonderli, come finisce per fare ad esempio Carl Schmitt col suo decisionismo estremo, significa inoltre non comprendere che la guerra e la pace sono situazioni sociali assai diverse, e che è la pace e non la guerra la condizione *sine qua non* di qualsiasi società. Clausewitz scriveva che la guerra è la continuazione della politica con altri mezzi¹⁰¹, e Lenin (seguito poi da Foucault) rovesciava i termini

⁹⁸ Cfr. A. BERTOLO, *Potere, autorità, dominio: una proposta di definizione*, in «Volontà», 1983, n. 2, p. 59.

⁹⁹ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino 1986, p. 30.

¹⁰⁰ W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, ora anche in ID., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, con una postfazione di H. Marcuse, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, p. 45. Cfr. E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Angeli, Milano 1984, p. 14: «Il discorso di Benjamin [...] pone un problema centrale nell'analisi dei sistemi giuridici: il ruolo della forza o, se si vuole, la strutturale ambiguità della *Gewalt* nella «razionalità» del moderno politico. L'alternativa posta da Benjamin tra teologia e mistica individua il nodo centrale dell'*ambiguità* del politico, ossia la insopprimibile teologicità del potere e del diritto su cui si fonda. Questo vuol dire che ogni *auctoritas* su cui si basano i sistemi politici è fondata esclusivamente sulla forza, tanto quella che *crea* il potere giuridico, tanto quella che lo *conserva*» (corsivo nel testo).

¹⁰¹ Clausewitz scriveva così: «La guerra non è se non la continuazione del lavoro politico al quale si frammischiano altri mezzi» (K. von KLAUSEWITZ, *Della guerra*, trad. it. a cura dello Stato Maggiore del R. Esercito, prima ristampa, vol. 2, Mon-

di quella sentenza. Non vi potrebbe essere nulla di più errato. Il realismo politico rivela qui la sua infondatezza¹⁰². Non vi sono due situazioni altrettanto distinte e antitetiche, dal punto di vista del senso comune, che guerra e pace. Del pari può dirsi che la guerra sia l'antitesi del diritto¹⁰³. Il «realismo politico» finisce non per descrivere la realtà sociale, ma per inventarsene una a suo uso e consumo¹⁰⁴.

5.2. Il potere politico invero si fonda sul consenso e non sulla violenza, e la politica non è guerra ma ricerca dell'accordo, mediazione. Attribuire alla politica i caratteri truci della guerra – come fa Foucault, per esempio – significa snaturarla. Ciò è sottolineato da Jürgen Habermas quando, criticando la concezione imperativistica del diritto che riduce questo a un corpo di nudi comandi, e quindi opera una confusione di diritto e politica, segnala che una tale confusione (operata dal lato della politica) finisce per corrompere lo stesso concetto di «politico». «Ridurre le norme giuridiche a semplici comandi del legislatore politico – scrive il filosofo tedesco – equivale a sostenere che, nella modernità, il diritto si risolve integralmente in politica. Senonché, in tal modo, anche il nostro concetto di politica deve disgregarsi. In ogni caso, con queste premesse, il potere politico non potrà più essere inteso come autorità giuridicamente legittima; infatti un diritto interamente assorbito dalla politica verrebbe a perdere ogni forza legittimante. Pensando che la legittimazione diventi opera esclusiva della politica, mostriamo anche di rinunciare ai concetti di diritto e politica così come li abbiamo finora concepiti»¹⁰⁵.

dadori, Milano 1972, p. 811). Cfr. K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, vol. 2, *Hegel and Marx*, V. ed., Routledge & Kegan Paul, London 1974, pp. 70-71.

102 Cfr. S. COTTA, *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano 1989.

103 Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e guerra*, ora in ID., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979, pp. 97 ss.

104 Sul non realismo del «realismo politico», vedi le belle pagine di N. CHIAROMONTE, *Il realista e l'utopista*, ora in ID., *Scritti politici e civili*, Bompiani, Milano 1976, pp. 277 ss.

105 J. HABERMAS, *Diritto e morale (Tanner Lectures)*, in ID., *Morale, diritto, politica*, trad. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992, p. 63, corsivo nel testo. Vedi anche J. HABERMAS, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in «Kritische Justiz», 1987, p. 5: «Die Reduktion von Rechtsnormen auf Befehle des politischen Gesetzgebers bedeutet, daß sich Recht in Politik gleichsam auflöst. Damit zersetzt sich aber der Begriff des Politischen selbst. Unter dieser Prämisse kann jedenfalls politische Herrschaft nicht mehr als rechtlich legitimierte Macht verstanden werden; denn ein der Politik vollständig verfügbar gewordenes Recht verliert seine legitimierende Kraft. Sobald Legitimation als Eigenleistung der Politik vorgestellt wird, geben wir unsere Begriffe von Recht und Politik auf» (corsivo nel testo).

Potere politico è soprattutto capacità di emanare decisioni *vincolanti* almeno per una parte dei soggetti interessati. Ciò è detto molto bene da Talcott Parsons. «I shall call this capacity to act, or more broadly, that to make and promulgate binding decisions, *power* in a strict analytical sense»¹⁰⁶. La «forza vincoiante» degli atti del potere non può basarsi sulla mera violenza, ma necessita una qualche forma di consenso o meglio di validità intersoggettiva. Il potere politico trova così il suo «fondamento» nella impersonalità tipica delle relazioni sociali. E così che Parsons, seguendo un'intuizione in parte comune anche a Karl Olivecrona¹⁰⁷, compara il potere politico al denaro. «Although backed by coercive sanctions, up to and including the use of physical force, at the same time power rests on the consensual solidarity of a system that includes both the users of power and the «objects» of its use [...] Power in this sense is the capacity of a unit in the social system, collective or individual, to establish or activate commitments to performance that contributes to, or is in the interest of, attainment of the goals of a collectivity. It is not itself a «factor» in effectiveness, nor a «real» output of the process, but a medium of mobilization and acquisition of factors and outputs. In this respect, it is like money»¹⁰⁸.

Ciò non significa, ovviamente, che non possa esservi un potere politico oppressivo, quella situazione che propongo di chiamare di «dominio». Deve dirsi anzi che nella storia del genere umano la stragrande maggioranza delle forme di potere politico sono al contempo forme di «dominio». Ciò che invece qui si contesta è che il «dominio» abbia radici in fenomeni di mera forza o di violenza, e non di consenso e di «concezioni normative» del mondo. Il «dominio», che è – a mio avviso – una forma di potere politico, si fonda come quest'ultimo su un corpo di norme condivise dai consociati, ed opera comunque all'interno di un ambito di azioni reso possibile da certe regole. Il potere politico (e il «dominio» che di questo è una delle manifestazioni) si dà entro una *istituzione*, dipende in gran parte dal contenuto delle regole che costituiscono l'ambito di azione entro il quale il potere si esercita. Esso è soprattutto uno *status*

106 T. PARSONS, *Evolutionary Universals in Society*, ora in in ID., *On Institutions and Social Evolution*, scritti scelti a cura di L. H. Mayhew, The University of Chicago Press, Chicago 1985, p. 309. Corsivo nel testo.

107 Vedi ad esempio K. OLIVECRONA, *Ideologie und Realität des Geldes*, Gleerup, Lund 1948.

108 T. PARSONS, *op. ult. cit.*, pp. 309-310, corsivo nel testo. Siamo ben lontani qui dall'impostazione per cui il potere è eminentemente impeditivo, potere di non far fare. Nella ricostruzione di Parsons il potere politico è esattamente il contrario d'una forza solo o eminentemente repressiva, è piuttosto potere di far fare, potere di mobilitare le forze sociali di un gruppo.

normativo attribuito dalle regole costitutive dell'istituzione sociale in questione.

L'opinione secondo cui il carattere fondamentale del «dominio» sarebbe il monopolio del potere politico esercitato da una parte del gruppo sociale sul resto dei suoi membri non riesce a convincermi. Secondo quell'opinione il fenomeno dell'oppressione politica è connesso a quello della distinzione di classe (la quale ultima non richiede necessariamente di articolarsi secondo criteri economici). Non contesto – si badi – il fatto che nelle società di «dominio», o almeno nella loro quasi totalità, vi siano un gruppo di dominatori e un gruppo di dominati. Credo piuttosto che ciò costituisca un *effetto* di qualcosa che sta a monte della dimidiazione classista, e che si collega strettamente alla qualità normativa del fenomeno del potere politico. A me pare che vi sia «dominio» là dove il sistema normativo di una società si sia ipostatizzato, assolutizzato, «alienato» – per così dire – dai suoi «produttori», e reso per questi inaccessibile e incontestabile. Come faremmo – mi domando – a spiegare ad esempio cos'è lo Stato totalitario, questa espressione tutta moderna del «dominio», attraverso la definizione del «dominio» (dell'oppressione politica) nei termini della separazione di un gruppo sociale di dominatori dal resto della società? Lo Stato totalitario è forse identificabile nei privilegi di un gruppo di persone?

Il «dominio» invero è di per sé anonimo, senza volto. Se nel passato ha rivestito la maschera del principe, nei tempi moderni esso mantiene ed esalta la propria anonimità. Lo Stato moderno è il «dominio» che non si concentra più in un essere fisico, il quale ne diviene il detentore, ma che resta astratto, che sacralizza questa sua astrattezza, o meglio la eleva a persona, a soggetto (si pensi alla teoria dello Stato come «persona giuridica») ¹⁰⁹. «Lo Stato non è noi. Il peggio è che non è «loro» (una classe), non è più «lui» (un re); la sua trascendenza si è infiltrata in maniera così insidiosa nella vita sociale che è divenuta immanente ad essa» ¹¹⁰.

Fino al diciassettesimo secolo lo Stato si identifica col principe, è sua proprietà personale. Fino all'unità d'Italia, ad esempio, la denominazione ufficiale dello Stato piemontese era «gli Stati di S. M. il Re di Sardegna».

¹⁰⁹ Sullo Stato moderno come ente astratto, cfr. R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Giuffrè, Milano 1962, pp. 135-137.

¹¹⁰ J. GIL, *Un'antropologia delle forze. Dalle società senza Stato alle società statuali*, Einaudi, Torino 1983, p. VII.

«L'Etat, c'est moi» – può ben dire Luigi XIV¹¹¹. Ma potrebbe oggi dire lo stesso un qualunque, sia pure potentissimo uomo politico? Si pensi ancora alle società primitive, troppo spesso idealizzate e acriticamente accolte come esempi di società libertarie. In queste società, in genere, l'individuo è annullato, esso è tutt'uno col corpo sociale, la sua vita è rigidamente scandita dalla tradizione e dal mito. In molte di esse manca ciò che potrebbe dirsi un gruppo dominante, e tuttavia non potrebbero definirsi società prive di «dominio», società cioè in cui i consociati producano in maniera consapevole, discutano, e quindi contestino e modifichino all'occorrenza le norme che regolano il vivere sociale.

Come è noto, H. L. A. Hart, dopo aver distinto tra «norme primarie» (che impongono obblighi) e «norme secondarie» (che attribuiscono poteri), e avendo tra le ultime ricompreso le norme di «riconoscimento», di «giudizio» e di «modificazione», sostiene che gli ordinamenti giuridici delle società primitive si caratterizzano per il fatto che essi contengono solo norme «primarie»¹¹². Quest'affermazione, peraltro discutibile dal punto di vista di una teoria generale degli ordinamenti giuridici, coglie però nel segno laddove sembra sottolineare il carattere *statico* delle società primitive. Queste non avrebbero norme di modificazione, cosicché si proietterebbero come «eterne» e «immutabili», ovvero si rappresenterebbero come prive di «storia». Esse non conferirebbero poteri giuridici ad alcun membro, sicché l'obbedienza alle norme risulterebbe non tanto dall'azione dei singoli membri, vale a dire dall'attivazione di potestà individuali, quanto da un generale e coeso senso del dovere rispetto alla comunità. In una società primitiva allora vi sarebbero solo doveri e nessun diritto o potere soggettivo.

A questo punto può non essere inutile una citazione di Hobbes: «L'unione così fatta si chiama Stato o società civile, e anche persona civile. Infatti, essendo unica la volontà di tutti, deve essere considerata come una persona unica, distinta e riconosciuta con un solo nome, da tutti gli individui particolari, poiché ha suoi diritti e sue proprietà. Così che né un cittadino, né tutti i cittadini insieme (eccettuato quello la cui volontà

¹¹¹ Ma si veda S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit. p. 54: «Nonostante ogni espressione che potrebbe far credere il contrario, lo Stato non si è mai identificato completamente col suo governo. Anche quando Luigi XIV ha potuto dire «l'Etat c'est moi», o si è in documenti ufficiali, p. es., in trattati internazionali, designato lo Stato col nome del suo monarca o si sono nelle leggi promiscuamente usati come sinonimi i vocaboli Stato e Corona, si è voluto soltanto indicare lo Stato con la persona o con l'ente che ne era a capo e perciò poteva più concretamente rappresentarlo, cioè si è indicato il tutto con la parte».

¹¹² Vedi H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 89-90.

sta per la volontà di tutti), devono essere considerati come lo Stato. Dunque lo STATO (per definirlo) è una persona unica, la cui volontà, per i patti di molti uomini, va ritenuta come la volontà di tutti costoro; così che può usare delle forze e delle facoltà dei singoli, per la pace e la difesa comune»¹¹³. Come si vede, Hobbes, che è un teorico dello Stato assoluto (dice anzi che non può esservi Stato che non sia di per sé assoluto), fonda questo su una nozione prossima a quella di volontà generale. Lo Stato moderno, il potere astratto per eccellenza, trova la sua fondazione, nel suo più coerente teorico, in una idea che un secolo più tardi sarà ritenuta la fonte della rivoluzione democratica. E' evidente che il concetto di volontà generale esprime l'idea secondo cui il potere politico proviene dall'insieme della comunità collettivamente considerata. Ciò può anche significare che l'idea di una gestione collettiva del potere (per quanto iniziale o ideale) non deve necessariamente scontrarsi con l'affermazione di un potere assoluto ed astratto (e quanto più astratto tanto più assoluto).

5.3. Non sostengo insomma che là dove vi sia una regolamentazione vi sia anche «dominio». Ciò di cui sono convinto è che là dove v'è potere politico deve esservi anche un sistema normativo, e quindi un'*istituzione*, vale a dire un ambito di azioni reso possibile da norme. Non è la mera forza, o la violenza, a costituire il potere politico, bensì un sistema normativo il quale rende possibile l'esercizio di quel potere. Né credo che il «dominio», l'oppressione politica, si basi sul dispiegamento della sola forza materiale. A mio parere, il «dominio» è un modo di articolarsi delle regole sociali, che si dà quando quelle regole perdono il contatto con il tessuto sociale di cui sono espressione. Certo, tra regole e comportamenti sociali vi è uno scarto non componibile¹¹⁴ dovuto al fatto che la norma per il suo carattere formale (la sua generalità e astrattezza, la sua indeterminatezza) da un lato non si esaurisce nella concreta applicazione d'essa, e d'altro canto non può coprire tutte le nuove situazioni che in qualche modo siano contigue alla materia da essa regolata o alla fattispecie da essa prevista. La norma inoltre, se pure – là dove sia costitutiva – produce delle nuove possibilità d'azione, comunque esclude, costituendo un determinato ambito di condotte, e delimitando quindi queste, certe altre possibilità. Tale esclusione di possibilità di azione si fa poi esplicita nelle regole regolative o meramente prescrittive, le quali ordinano, vietano o permettono comportamenti.

¹¹³ TH. HOBBS, *De cive*, trad. it. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 1979, pp. 127-129.

¹¹⁴ Cfr. R. DE STEFANO, *Il rifiuto della legge*, ora in ID., *Scritti sul diritto e la scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1990, in particolare pp. 182 ss.

Riduttiva mi sembra però la prospettiva, per certi versi tradizionali, secondo cui rispetto alla pluralità e alla ricchezza di possibilità dei comportamenti sociali le norme si porrebbero come una sorta di «gabbia», come limitazione e «normalizzazione». Secondo questa prospettiva le norme produrrebbero una riduzione della complessità della vita sociale¹¹⁵. Le norme invero «aprono», oltrechè «chiudere», possibilità d'azioni¹¹⁶. Ciò non giustifica però la tesi per cui il «senso» dell'azione conforme ad una regola risiede esclusivamente nell'osservanza della, o nella conformità alla, regola. L'azione di giocare a scacchi non si spiega completamente con l'osservanza delle regole degli scacchi. Anche un'azione retta da regole non è governata solo da queste regole, ma anche da motivi molteplici, da ulteriori regole di carattere prudenziale (ad esempio quelle di una buona strategia di gioco nel caso degli scacchi) ed inoltre da intenzioni e decisioni particolari, vale a dire da quelle decisioni mediante le quali una regola (che è una formulazione generale) viene applicata al caso concreto. Vi è poi un «senso» generale che presiede all'ambito d'azioni reso possibile da norme che le norme medesime presuppongono ed esplicitano.

Non è tanto la presenza dello scarto tra norme e comportamenti a produrre la situazione di «dominio», quanto la mancanza di raccordi che facciano sì che tra regole e vita sociale vi sia un rapporto tale che la seconda possa sempre irrompere nello spazio delle regole, per sospenderle e modificarle in maniera più o meno esplicita e riflessiva. Non è la presenza dello «scarto», ma piuttosto le dimensioni di questo, a segnalare se ci troviamo dinanzi a mero potere politico o a «dominio». Ciò significa che, per non esservi «dominio», non basta che l'applicazione concreta della norma implicitamente modifichi il contenuto della norma stessa. Tale modificazione dev'essere quanto meno tematizzata. Ed inoltre devono potervi essere altre procedure (pubbliche, esplicite e riflessive) di modificazione della norma, al di là di quella minima modificazione prodotta in genere dall'applicazione di questa.

Là dove le norme che regolano le condotte umane entro una certa comunità, anche se queste fossero poste con varie procedure dalla comunità stessa ed avessero un contenuto libertario, non potessero essere discusse e riformate dagli interessati secondo certe modalità pubbliche, saremmo nondimeno in una situazione di «dominio». Non è solo il loro contenuto

¹¹⁵ Per un raffinato esempio di questa posizione, cfr. F. CRESPI, *Azione sociale e potere*, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 78 ss.

¹¹⁶ Cfr. N. GARVER, *Rules*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. Edwards, vol. 7, The Free Press, New York 1967, p. 232.

ma anche il loro rapporto con la vita sociale e la discussione pubblica d'esse, ciò che qualifica le norme in questione, e che può farle scivolare dal momento del potere politico, nel quale naturalmente si collocano, a quello del «dominio», nel quale eventualmente possono venire a trovarsi. Comunque, dietro la giustificazione procedurale delle norme giuridiche, che corrisponde grosso modo al modello di rapporto tra diritto e potere che qui in conclusione si profila, si avvertono prepotentemente esigenze di giustizia materiale e scelte di campo ineludibili.

ALEXANDER, R., *Methoden und Funktionen: Theorie generale*, Il Mulino, Bologna 1981.

ALCHOURRON, C., BULYGIN, E., *The Expressive Conception of Norms*, in *New Essays in Deontic Logic*, a cura di R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981.

ALEXY, R., *Eine Theorie des praktischen Diskurses*, in *Materialien zur Normendiskussion*, vol. 2, *Normenbegründung, Normendarstellung*, a cura di W. Delmondo, Schöningh, Paderborn 1973.

ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.

ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt 1992.

ALSTON, W.F., *Philosophy of Language*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1964.

APEL, K.O., *Das Apriori der Kommunikationswissenschaft und die Grundlagen der Ethik*, in *ID., Transformation der Philosophie*, Vol. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

APEL, K.O., *Transformation der Philosophie*, Vol. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

Riferimenti bibliografici

AGNELLI, A., *L'istituzionalismo giuridico italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, a cura di S. Cotta, Giuffrè, Milano 1965.

ALBERONI, F., *Movimento e istituzione. Teoria generale*, Il Mulino, Bologna 1981.

ALCHOURRON, C., BULYGIN, E., *The Expressive Conception of Norms*, in *New Essays in Deontic Logic*, a cura di R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981.

ALEXY, R., *Eine Theorie des praktischen Diskurses*, in *Materialien zur Normendiskussion*, vol. 2, *Normenbegründung. Normendurchsetzung*, a cura di W. Oelmüller, Schöningh, Paderborn 1978.

ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, II. ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.

ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg 1992.

ALSTON, W.P., *Philosophy of Language*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1964.

APEL, K.O., *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in ID., *Transformation der Philosophie*, Vol. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

APEL, K.O., *Transformation der Philosophie*, Vol. 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

AYER, A.J., *Freedom and Morality and Other Essays*, Clarendon, Oxford 1985.

AZZONI, G., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, CEDAM, Padova 1988.

BAKER, G.P., HACKER, P.M.S., *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Blackwell, Oxford 1986.

BARATTA, A., *Presentazione*, in M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1967.

BARBERIS, M., *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

BENJAMIN, W., *Zur Kritik der Gewalt*, in ID., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, con una postfazione di H. Marcuse, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990.

BENTHAM, J., *A Fragment on Government and An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, a cura di W. Harrison, Blackwell, Oxford 1960.

BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, in ID., *A Fragment on Government and An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, a cura di W. Harrison, Blackwell, Oxford 1960.

BERLIN, I., *Concepts and Categories. Philosophical Essays*, a cura di H. Hardy, Oxford University Press, Oxford 1980.

BERLIN, I., *Verification*, ora in ID., *Concepts and Categories. Philosophical Essays*, a cura di H. Hardy, Oxford University Press, Oxford 1980.

BERTOLO, A., *Potere, autorità, dominio: una proposta di definizione*, in "Volontà", 1983, n. 2.

BINDER, J., *Zur Lehre vom Rechtsbegriff*, in "Logos", 1929.

BINDER, J., *Der Idealismus als Grundlage der Staatsphilosophie*, in "Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie", 1935.

BISCARETTI DI RUFFIA, P. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano 1977.

BJARUP, J., *Kripke's Case. Some Remarks on Rules, their Interpretation and Application*, in "Rechtstheorie", 1988.

BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977.

BOBBIO, N., Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977.

BOBBIO, N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979.

BOBBIO, N., *Diritto e guerra*, in *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979.

BOBBIO, N., *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche Politiche*, a cura di M. Bovero, Il Saggiatore, Milano 1982.

BOVERO, M. (a cura di), *Ricerche Politiche*, Il Saggiatore, Milano 1982.

BOVERO, M. (a cura di), *Identità individuali e collettive*, in AA. VV., *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive*, Il Saggiatore, Milano 1983.

BOVERO, M. (a cura di), *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive*, in AA. VV., Il Saggiatore, Milano 1983.

BÜHLER, K., *Die Krise der Psychologie*, Ullstein, Frankfurt am Main 1978.

CAFFI, A., *Critica della violenza*, Bompiani, Milano 1966.

CARCATERRA, G., *Le norme costitutive*, edizione provvisoria, Giuffrè, Milano 1974.

CASSESE, S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano 1974.

CASSESE, S., *Ipotesi di Santi Romano*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano 1974.

CASSESE, S., *Istituzione: un concetto ormai inutile*, in "Politica del diritto", 1979.

CASTELLANI, F. (a cura di), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, UCT, Trento 1981.

CATANIA, A., *Carl Schmitt e Santi Romano*, in ID., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, ESI, Napoli 1987.

CATANIA, A., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, ESI, Napoli 1987.

CESARINI SFORZA, W., *Filosofia del diritto*, III ed., Giuffrè, Milano 1958.

CESARINI SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, II ed., Giuffrè, Milano 1963.

CHIAROMONTE, N., *Scritti politici e civili*, Bompiani, Milano 1976.

CHIAROMONTE, N., *Il realista e l'utopista*, in ID., *Scritti politici e civili*, Bompiani, Milano 1976.

CHOMSKY, N., *Riflessioni sul linguaggio*, a cura di G. Scalise, Einaudi, Torino 1981.

COING, H., *Vom Sinngehalt des Rechts*, in *Die ontologische Begründung des Rechts*, a cura di A. Kaufmann, Hermann Geutner, Bad Homburg 1965.

CONDORELLI, O., *Il "diritto fondamentale"*, in ID., *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano 1970.

CONDORELLI, O., *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Giuffrè, Milano 1970.

CONTE, A.G., *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, a cura di F. Castellani, UCT, Trento 1981.

CONTE, A.G., *Materiali per una tipologia delle regole*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1985

COSTA, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1986.

COTTA, S. (a cura di), *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1965.

COTTA, S., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano 1989.

CRESPI, F., *Azione sociale e potere*, Il Mulino, Bologna 1989.

CROCE, B., *Filosofia della pratica*, VI ed., Laterza, Bari 1950.

DE STEFANO, R., *Il problema del potere*, Giuffrè, Milano 1962.

DE STEFANO, R., *Scritti sul diritto e la scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1990.

DE STEFANO, R., *Il rifiuto della legge*, in ID., *Scritti sul diritto e la scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1990.

DI BERNARDO, G., *Le regole dell'azione sociale*, Il Saggiatore, Milano 1983.

DI BERNARDO, G., *Il ruolo delle regole costitutive e prescrittive nella costruzione della realtà sociale*, in "Nuova civiltà delle macchine", 1985, n.3-4.

DREIER, R., *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtsstheorie 2*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.

DREIER, R., Der Begriff des Rechts, in ID., *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtsstheorie 2*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.

DWORKIN, R., *Introduction*, in *The Philosophy of Law*, a cura di R.M. Dworkin, Oxford University Press, Oxford 1977.

DWORKIN, R. (a cura di), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 1977.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford 1986.

ECKHOFF, T., FRIEDMAN, L.M., UUSITALO, J. (a cura di), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin 1986.

EDWARDS, P. (a cura di), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 4, The Free Press, New York 1967.

EHRLICH, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it. a cura di A. Febbraio, Giuffrè, Milano 1976.

FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto di diritto*, III ed., Giuffrè, Milano 1988.

FASSÒ, G., *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1953.

FASSÒ, G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, C. Faralli e G. Zucchini, volume terzo, Giuffrè, Milano 1982.

FARIAS, D., *Saggi di filosofia politica*, Giuffrè, Milano 1977.

FARIAS, D., *La demistificazione delle ideologie e Vilfredo Pareto*, in ID., *Saggi di filosofia politica*, Giuffrè, Milano 1977.

FERRAJOLI, L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1966.

FITZGERALD, P. (a cura di), *Salmond on Jurisprudence*, dodicesima edizione, Sweet & Maxwell, London 1966.

FOUCAULT, M., *L'ordre du discours*, Gallimard, Paris 1971.

FOUCAULT, M., *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, testo stabilito e tradotto da M. Bertami e A. Fontana, Ponte alle Grazie, Firenze 1990.

FOOT, PH. (a cura di), *Theories of Ethics*, Oxford University Press, Oxford 1970.

FROSINI, V., *Kelsen e Capograssi*, Giuffrè, Milano 1988.

GADAMER, H.-G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, in ID., *Gesammelte Werke*, vol. 1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1986.

GARGANI, A.G., *Introduzione a Wittgenstein*, II. ed., Laterza, Bari 1980.

GAVAZZI, G., *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Giuffrè, Milano 1977.

GEHLEN, A., *Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen*, Athenäum, Bonn 1950.

GEIGER, TH., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, II ed., Luchterhand, Neuwied am Rhein 1964.

GEIGER, TH., *Ideologie und Wahrheit. Eine soziologische Kritik des Denkens*, II ed., Luchterhand, Neuwied am Rhein 1968.

GIL, J., *Un'antropologia delle forze. Dalle società senza Stato alle società statuali*, trad. it. di C. De marchi, Einaudi, Torino 1983.

GARVER, N., *Rules*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. Edwards, vol. 7, The Free Press, New York 1967.

GRIMM, J., GRIMM, W., *Schriften und Reden*, a cura di L. Denecke, Reclam, Stuttgart 1985.

GRIMM, J., *Über die Altertümer des deutschen Rechts. Antrittsvorlesung*, in J. GRIMM, W. GRIMM, *Schriften und Reden*, a cura di L. Denecke, Reclam, Stuttgart 1985.

GUASTINI, R., *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano 1983.

GUASTINI, R., *Teorie delle regole costitutive*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1983.

GUMPLOWICZ, L., *Ausgewählte Werke*, vol. 4, *Soziologische Essays. Soziologie und Politik*, a cura di G. Salomon, Wagner, Innsbruck 1928.

GUMPLOWICZ, L., *Was ist Recht?*, in ID., *Ausgewählte Werke*, vol. 4, *Soziologische Essays. Soziologie und Politik*, a cura di G. Salomon, Wagner, Innsbruck 1928.

GUMPLOWICZ, L., *Compendio di sociologia*, trad. it. di V. Pocar, II ed., Unicopli, Milano 1984.

GURVITCH, G., *Sociologia del diritto*, trad. it. di S. Cotta, II ed., Etas Kompass, Milano 1967.

GURVITCH, G., *L'idée du droit social*, ristampa, Scientia, Aalen 1972.

HABERMAS, J., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

HABERMAS, J., *Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie*, in ID., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

HABERMAS, J., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

HABERMAS, J., *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in "Kritische Justiz", 1987.

HABERMAS, J., *Diritto e morale (Tanner Lectures)*, in ID., *Morale, diritto, politica*, trad. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992.

HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992.

HABERMAS, J., *Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien*, in ID., *Die Moderne - ein unvollendetes Projekt. Philosophisch-politische Aufsätze 1977-1992*, II ed., Reclam, Leipzig 1992.

HABERMAS, J., *Die Moderne - ein unvollendetes Projekt. Philosophisch-politische Aufsätze 1977-1992*, II ed., Reclam, Leipzig 1992.

HABERMAS, J., *Morale, diritto, politica*, trad. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992.

HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, a cura di K. Olivecrona, trad. inglese di C. D. Broad, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1953.

HALLER, R. (a cura di), *Beiträge zur Philosophie von Stephan Körner*, Rodopi, Amsterdam 1983.

HARE, R.M., *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford 1986.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1961.

HART, H.L.A., *Legal Positivism*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. Edwards, vol. 4, The Free Press, New York 1967.

HART, H.L.A., *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. di M. Jori, Comunità, Milano 1981.

HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford 1983.

HART, H.L.A., *Problems of the Philosophy of Law*, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford 1983.

HAURIOU, M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Blond & Gay, Paris 1933.

HAURIOU, M., *L'ordre social, la justice et le droit*, in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Blond & Gay, Paris 1933.

HAURIOU, M., *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Blond & Gay, Paris 1933.

HAYEK, F.A. VON, *The Counter-Revolution of Science*, The Free Press, Chicago, 1952

HAYEK, F.A. VON, *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde*, Mohr, Tübingen 1975.

HILPINEN, R. (a cura di), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht 1981.

HOBBS, TH., *De cive*, trad. it. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 1979.

HONDERICH, T. e BURNYEAT, M. (a cura di), *Philosophy As It Is*, Penguin, Harmondsworth 1984.

HUBIEN, H., (a cura di), *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale (Bruxelles, 30 Août - 3 Septembre 1971)*, Bruylant, Bruxelles 1971.

HUGHES, J.A., *Filosofia della ricerca sociale*, trad. it. di G. Zanetti, a cura di A. Dal Lago, Il Mulino, Bologna 1982.

KALINOWSKI, G., *Zur Semantik der Rechtssprache*, in *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, a cura di W. Krawietz, K. Opalek, A. Peczenik e A. Schramm, Duncker & Humblot, Berlin 1979.

KANTOROWICZ, H., *The Definition of Law*, a cura di A.H. Campbell, Cambridge University Press, Cambridge 1958.

KAUFMANN, A., GEUTNER, H. (a cura di), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Bad Homburg 1965.

KAUFMANN, M., *Recht ohne Regeln? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre*, Alber, Freiburg 1988.

KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911.

KELSEN, H., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, II ed., Mohn, Tübingen 1928.

KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, II ed., Deuticke, Wien 1960.

KEMMERLING, A., *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins*, in "Rechtstheorie", 1975.

KENNY, A., *Wittgenstein*, Penguin, Harmondsworth 1976.

KLAUSEWITZ, K. VON, *Della guerra*, trad. it. a cura dello Stato Maggiore del R. Esercito, prima ristampa, 2 voll., Mondadori, Milano 1972.

KRAWIETZ, W., OPALEK, K., PECZENIK A., SCHRAMM, A. (a cura di), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin 1979.

KRIPKE, S., *Wittgenstein. On Rules and Private Language*, Blackwell, Oxford 1989.

KUTSCHERA, F. von, *Sprachphilosophie*, II ed., Fink, München 1975.

LANGER, S.K., *Philosophy in a New Key*, seconda ristampa della terza edizione, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1960.

LARENZ, K., *Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen um Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und um Sittenlehre*, in *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, a cura di K. Larenz, Kohlhammer, Stuttgart und Berlin 1943.

LARENZ, K. (a cura di), *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, Kohlhammer, Stuttgart und Berlin 1943.

LEVI, P., *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino 1986.

LIVOLSI, M., *Identità e progetto. L'attore sociale nella società contemporanea*, La Nuova Italia, Firenze 1987.

LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1981.

MacCORMICK, N., *Der Rechtsstaat und die "Rule of Law"*, in "Juristenzeitung", 1984.

MacCORMICK, N., *Ein Postskriptum zu Weinbergers Einleitung*, in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

MacCORMICK, N., *On Analytical Jurisprudence*, in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1986.

MacCORMICK, N., *Institution Morality and the Constitution*, in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1986.

MacCORMICK, N., *Law as Institutional Fact*, in D.N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1986.

MacCORMICK, N., *Institutions, Arrangements and Practical Information*, in "Ratio Juris", 1988.

MacCORMICK, N., *Beyond the Sovereign State*, in "The Modern Law Review", 1993.

MacCORMICK, D.N., WEINBERGER, O., *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

MacCORMICK, D.N., WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht 1986.

McGUINNESS, B.F. (a cura di), *Ludwig Wittgenstein und der Wiener Kreis, Gespräche*, riportati da Friedrich Waismann, opera postuma, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

MALCOM, N., *Wittgenstein on Language and Rules*, in "Philosophy", 1989.

MANN, T., *Das Gesetz*, in ID., *Die Erzählungen*, Fischer, Frankfurt am Main 1986.

MARTINI, K.A. von, *Lehrbegriff des Naturrechts*, Möble, Wien 1799.

MAUS, I., *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, II ed., Wilhelm Fink, München 1980.

MORTATI, C., *La Costituzione materiale*, Giuffrè, Milano 1940.

NINO, C.S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona 1994.

OAKESHOTT, M., *On Human Conduct*, Clarendon, Oxford 1975.

OELMÜLLER, W. (a cura di), *Materialien zur Normendiskussion*, vol. 2, *Normenbegründung. Normendurchsetzung*, Schöningh, Paderborn 1978.

OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, Munksgaard, Copenhagen 1939.

OLIVECRONA, K., *Ideologie und Realität des Geldes*, Gleerup, Lund 1948.

OPALEK, K., *Norm and Conduct. The Problem of the "Fulfillment" of the Norm*, in *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale (Bruxelles, 30 Août - 3 Septembre 1971)*, a cura di H. Hubien, Bruylant, Bruxelles 1971.

OPPENHEIM, F.E., *Etica e filosofia politica*, trad. it. di M.C. Galavotti, Il Mulino, Bologna 1971.

ORLANDO, V.E., *Stato e diritto*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Giuffrè, Milano 1954.

PALOMBELLA, G., *L'istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca*, in "Materiale per una storia della cultura giuridica", 1990.

PARETO, V., *Compendio di sociologia generale*, Einaudi, Torino 1978.

PARKINSON, G.H.R., *The Theory of Meaning*, Oxford University Press, Oxford 1973.

PARSONS, T., *Evolutionary Universals in Society*, in ID., *On Institutions and Social Evolution*, scritti, scelti a cura di L. H. Mayhew, The University of Chicago Press, Chicago 1985.

PARSONS, T., *On Institutions and Social Evolution*, scritti, scelti a cura di L. H. Mayhew, The University of Chicago Press, Chicago 1985.

PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino 1967.

PATTARO, E., *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, Clueb, Bologna 1975.

PIAGET, J., *Le structuralisme*, Presses universitaires de France, Paris 1972.

PINTORE, A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli 1990.

PINTORE, A., *Da Ross a MacCormick: Recenti sviluppi nella teoria analitica dei concetti giuridici*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Antonio Basciu*, Jovene, Napoli 1986.

PIZZORNO, A., *Sul confronto intertemporale delle utilità*, in "Stato e mercato", 1986.

PHILLIPS, D.L., *Wittgenstein e la conoscenza scientifica*, trad. it. di A. La Porta, Il Mulino, Bologna 1981.

POPPER, K., *The Open Society and Its Enemies*, vol. 2, *Hegel and Marx*, V ed., Routledge & Kegan Paul, London 1974.

PUGLIATTI, S., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978.

PUGLIATTI, S., *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in ID., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978.

RAWLS, J., *Two Concepts of Rules*, in *Theories of Ethics*, a cura di Ph. Foot, Oxford University Press, Oxford 1970.

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971.

RESTA, E., *L'ambiguo diritto*, Angeli, Milano 1984.

ROBLES, G., *Was ist eine Regel?* in *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, a cura di T. Eckhoff, L.M. Friedman, J. Uusitalo, Duncker & Humblot, Berlin 1986.

ROMANO, S., *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed. riveduta, Giuffrè, Milano 1946.

ROMANO, S., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Scritti minori*, vol. 1, a cura di G. Zanobini, rist. dell'ed. del 1950, Giuffrè, Milano 1990.

ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, III ed., Sansoni, Firenze 1977.

ROMANO, S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, II ed., Giuffrè, Milano 1983.

ROTTLEUTHNER, H., *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Alber, München 1981.

RÜTHERS, B., *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Beck, München 1988.

SAVIGNY, E. von, *Die Philosophie der normalen Sprache. Eine kritische Einführung in die "ordinary language philosophy"*, Suhrkamp, Frankfurt 1969.

SAVIGNY, E. von, *Die Philosophie der normalen Sprache. Eine kritische Einführung in die "Ordinary language philosophy"*, II edizione completamente riveduta, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1974.

SCARPELLI, U., *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 1969.

SCARPELLI, U., *La "grande divisione" e la filosofia della politica*, introduzione in F.E. OPPENHEIM, *Etica e filosofia politica*, trad. it. di M.C. Galavotti, Il Mulino, Bologna 1971

SCARPELLI, U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982.

SCARPELLI, U., *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in ID., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982.

SCARPELLI, U., (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano 1983.

SCARPELLI, U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano 1985.

SCARPELLI, U., *Istituzione*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, vol.II, *I concetti*, UTET, Torino 1985.

SCHAUER, F., *Rules and the Rule-Following Argument*, in "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", 1990.

SCHILPP, P.A. (a cura di), *The Philosophy of Karl Popper*, The Library of Living Philosophers, vol. XIV, tomo II, Open Court, La Salle, Ill. 1974.

SCHLICK, M., *Meaning and Verification*, in "The Philosophical Review", 1936.

SCHMITT, C., *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.

SCHMITT, C., *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.

SCHRAMM, A., *Zur logischen Rekonstruktion des Problems der Normrechtfertigung*, in *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, a cura di W. Krawietz, K. Opalek, A. Peczenik, A. Schramm, Duncker & Humblot, Berlin.

SCHULTE, J., *Wittgenstein. Eine Einführung*, Reclam, Stuttgart 1989.

SCHWYZER, H., *Rules and Practices*, in "Philosophical Review", 1969.

SEARLE, J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

SEARLE, J.R., *Introduction*, in *The Philosophy of Language*, a cura di J.R. Searle, Oxford University Press, Oxford 1971.

SEARLE, J.R., (a cura di), *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, Oxford 1971.

SKINNER B.F., *Beyond Freedom and Dignity*, Penguin, Harmondsworth 1979.

STRAWSON, P.F., *Meaning and Truth*, in *Philosophy As It Is*, a cura di T. Honderich e M. Burnyeat, Penguin, Harmondsworth 1984.

TARANTINO, A., *La teoria della necessità dell'ordinamento giuridico*, II ed., Giuffrè, Milano 1980.

TARELLO, G., *Progetto per la voce "Ordinamento giuridico" di una enciclopedia*, in "Politica del diritto", 1975.

TARELLO, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988.

TARELLO, G., "Ordinamento giuridico", in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988.

TOMEIO, V., *Il diritto come segno del potere*, in "Sociologia del diritto", 1980.

TOMEIO, V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Angeli, Milano 1981.

WAISMANN, F., *Verifiability*, in *The Theory of Meaning*, a cura di G.H.R. Parkinson, Oxford University Press, Oxford 1973.

WAISMANN, F., *Logik, Sprache, Philosophie*, a cura di G.P. Baker e B. McGuinness con la collaborazione di J. Schulte, Reclam, Stuttgart 1976.

WAISMANN, F., *Philosophical Papers*, a cura di Brian McGuinness, Reidel, Dordrecht 1977.

WAISMANN, F., *Fiction*, in ID., *Philosophical Papers*, a cura di B. McGuinness, Reidel, Dordrecht 1977.

WAISMANN, F., *The Relevance of Psychology to Logic*, ora in ID., *Philosophical Papers*, a cura di Brian McGuinness, Reidel, Dordrecht 1977.

WATSON, J.B., *Antologia degli scritti*, a cura di P. Mazzini, Il Mulino, Bologna 1976.

WATSON, J.B., *Il linguaggio*, in ID., *Antologia degli scritti*, a cura di P. Mazzini, Il Mulino, Bologna 1976.

WEBER, M., *Economia e società*, trad. it. di T. Bagiotti, F. Casabianca e P. Rossi, vol. 1, Comunità, Milano 1980.

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, V ed., a cura di J. Winckelmann, Mohr, Tübingen 1985.

WEBER, M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, a cura di J. Winckelmann, VII ed., Mohr, Tübingen 1988.

WEBER, M., *R. Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, a cura di J. Winckelmann, VII ed., Mohr, Tübingen 1988.

WEINBERGER, CH., WEINBERGER, O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Beck, München 1979.

WEINBERGER, O., *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Springer, Wien-New York 1970.

WEINBERGER, O., *Hans Kelsen als Philosoph*, in ID., *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Duncker & Humblot, Berlin 1981.

WEINBERGER, O., *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Duncker & Humblot, Berlin 1981.

WEINBERGER, O., *Eine Semantik für die praktische Philosophie*, in *Beiträge zur Philosophie von Stephan Körner*, a cura di R. Haller, Rodopi, Amsterdam 1983.

WEINBERGER, O., *Die Norm als Gedanke und Realität*, in D.N. MacCormick, O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

WEINBERGER, O., *Bausteine des institutionalistischen Rechtspositivismus*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Die Bedeutung der Logik für die moderne Rechts Theorie*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Die formal-finalistische Handlungstheorie und das Strafrecht*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Institutionentheorie und institutionalistischer Rechtspositivismus*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Soziologie und normative Institutionentheorie. Überlegungen zu Helmut Schelskys Institutionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionenontologie*, in ID., *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechts Theorie und Sozialphilosophie*, Steiner, Stuttgart 1987.

WEINBERGER, O., *Reine oder funktionalistische Rechtsbetrachtung?*, in *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, a cura di O. Weinberger e W. Krawietz, Springer, Wien-New York 1988.

WEINBERGER, O., *The Role of Rules*, in "Ratio Juris", 1988.

WEINBERGER, O., *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz, Wien 1988.

WEINBERGER, O., *Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste*, in "Droits", 10, 1989.

WEINBERGER, O., *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 1990.

WEINBERGER, O. e KRAWIETZ, W. (a cura di), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Springer, Wien 1988.

WILLIAMS, B., *Morality. An Introduction to Ethics*, Cambridge University Press, London 1976.

WINCH, P., *Nature and Convention*, ora in ID., *Ethics and Action*, Routledge & Kegan Paul, London 1972

WINCH, P., *Popper and Scientific Method in Social Sciences*, in *The Philosophy of Karl Popper*, The Library of Living Philosophers, vol. 14, tomo II, a cura di P.A. Schilpp, Open Court, La Salle, Ill. 1974.

WINCH, P., *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, XI ristampa, Routledge & Kegan Paul, London 1985.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Grammatik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1973.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Bemerkungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.

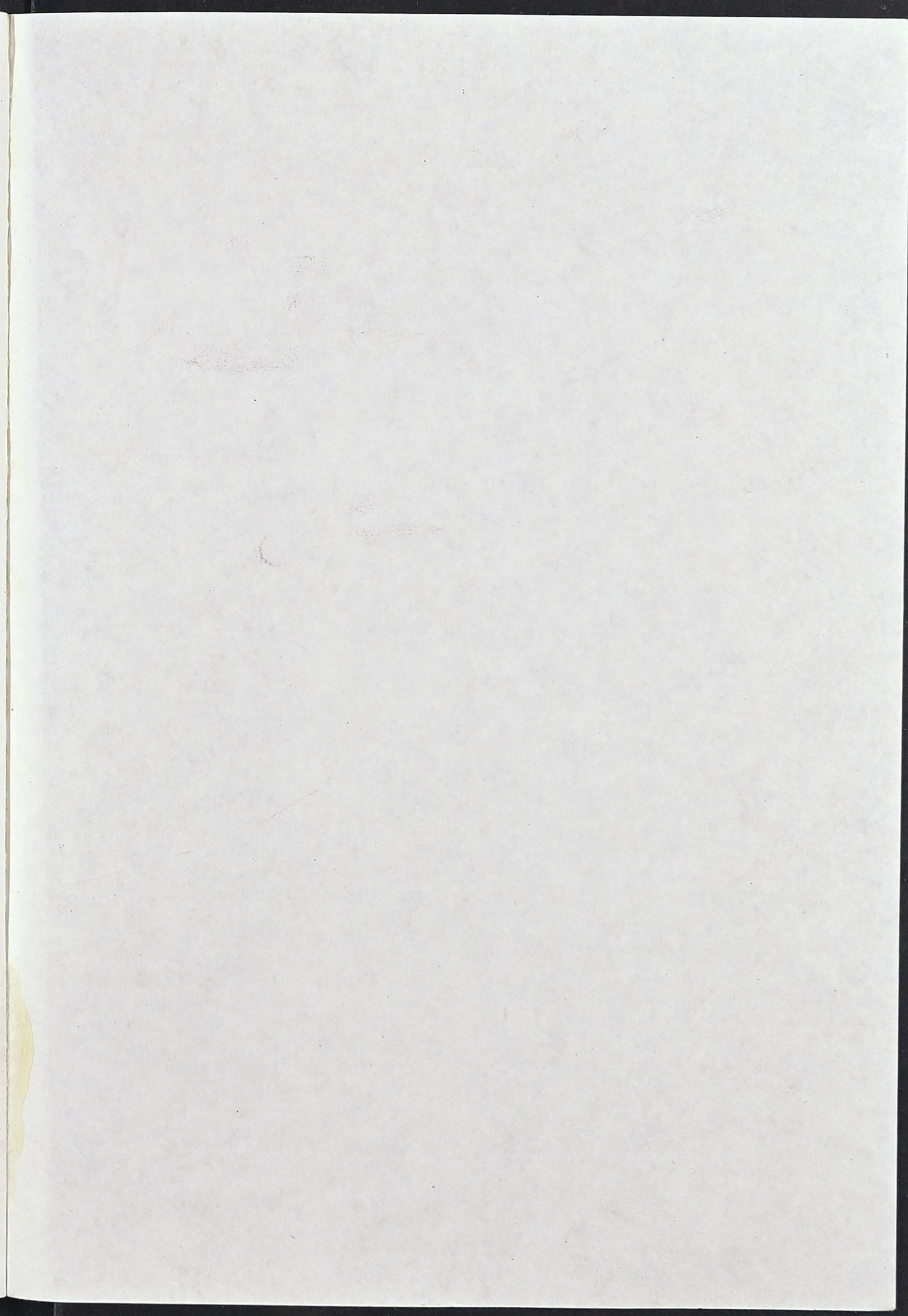
WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983.

WITTGENSTEIN, L., *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

- WITTGENSTEIN, L., *Zettel*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.
- WITTGENSTEIN, L., *Osservazioni sopra i fondamenti della matematica*, trad., it. di U. Trinchero, II ed., Einaudi, Torino 1988.
- WITTGENSTEIN, L., *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989.
- WITTGENSTEIN, L., *The Blue and Brown Books*, Blackwell, Oxford 1989.
- WITTGENSTEIN, L., *The Blue Book*, in ID., *The Blue and Brown Books*, Blackwell, Oxford 1989.
- WITTGENSTEIN, L., *The Brown Book*, in ID., *The Blue and Brown Books*, Blackwell, Oxford 1989.
- WRIGHT, G. H. von, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1977
- WRIGHT, G. H. von, *Determinism and the Study of Man*, in ID., *Philosophical Papers*, vol. 1, *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford 1983.
- WRIGHT, G. H. von, *Philosophical Papers*, vol. 1, *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford 1983.
- WRÓBLEWSKI, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., a cura di A. Aarnio, A-TIETO, Helsinki 1983
- WRÓBLEWSKI, J., *The Problem of the Meaning of the Legal Norm*, in ID., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., a cura di A. Aarnio, A-TIETO, Helsinki 1983.
- YABLON, CH.M., *Law and Metaphysics*, in "The Yale Law Journal", 1987.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992.





Torre

LAW
Bs 9
LAT

Linguaaggio, norme, istituzioni